
**RECHTSWISSENSCHAFTLICHE FAKULTÄT
DER UNIVERSITÄT ZU KÖLN**
GROßER EXAMENS- UND KLAUSURENKURS



**EINFÜHRUNG IN DIE JURISTISCHE ARBEITSTECHNIK
UND IN DIE METHODIK ZIVILRECHTLICHER
FALLBEARBEITUNG**

Prof. Dr. Ulrich Preis
4. Auflage 2009

Inhaltsübersicht

Inhaltsübersicht	I
A. Vorwort	1
B. Juristisches Arbeiten aus allgemeiner und zivilrechtlicher Sicht	2
I. Einleitung	2
1. Die Perspektive des Richters.....	2
2. Sprache und Rechtsbegriffe	3
3. Die Unterscheidung von Allgemeinem und Besonderem Teil.....	3
II. Ziele des Studiums und Wege zur Zielverwirklichung	4
1. Die anzufertigenden Arbeiten	4
2. Verschiedene Ziele	5
3. Hürden bei der Zielerreichung	6
4. Wege zur Überwindung der Hindernisse	8
a) Die Literatur.....	8
b) Die Rechtsprechung.....	10
5. Der Ort des Geschehens - Die Bibliothek.....	12
6. Nutzung moderner Informationstechniken	13
III. Juristisches Lernen	15
1. Das Problem des Vergessens	15
2. Aktives Lernen.....	16
a) Verschiedene Lernwege nutzen	16
aa) Das konventionelle Lernmedium: Das Lehrbuch	16
bb) Private Arbeitsgemeinschaft.....	17
cc) Lernen durch das Lösen von Fällen	18
b) Nachhaltiges Lernen	19
aa) Eigenständiges Lernen.....	19
bb) Strukturelles Lernen	20
cc) Wiederholungen	23
3. Normalfälle / Problemfälle	24
4. Nicht das Gesetz lernen – aber nie ohne das Gesetz lernen	25
5. "Mut zur Lücke"	25
C. Das Auffinden der anwendbaren Rechtsnormen	27
I. Einleitung und Ausgangsfall	27
II. Das richtige Gesetz	28

III. Die einschlägigen Rechtsnormen.....	31
1. Das Auffinden der Normen im Gesetz.....	31
2. Unterteilung der Normen nach Inhalt und Funktion.....	33
a) Überblick.....	33
b) Anspruchsgrundlagen.....	34
c) Definitionsnormen.....	35
d) Gegennormen.....	36
e) Verweisungen.....	37
f) Fiktionen.....	38
3. Anwendbarkeit und Gültigkeit von Normen.....	39
a) Die Gültigkeit von Rechtsnormen.....	39
b) Die Anwendbarkeit von Normen.....	43
aa) Anwendungsvorrang.....	43
(i) Gesetzliche Bestimmungen der Anwendbarkeit.....	43
(ii) Spezialitätsgrundsatz.....	44
(iii) Anciennitätsprinzip.....	45
bb) Kumulative Anspruchskonkurrenz.....	46
D. Die Anwendung von Rechtsnormen.....	48
I. Allgemeines.....	48
II. Die Auslegung von Normen.....	48
1. Allgemeines.....	48
2. Die grammatische Auslegung.....	50
3. Die systematische Auslegung.....	53
a) Bedeutungszusammenhang.....	53
b) Verfassungskonforme Auslegung.....	54
c) Richtlinienkonforme Auslegung.....	55
d) Exkurs: Verfassungsrechtliche Schranken des Gemeinschaftsrechts... 58	58
4. Die historische Auslegung.....	60
5. Die teleologische Auslegung.....	60
6. Das Verhältnis der Auslegungskriterien.....	62
7. Abschlussfall zur Auslegung.....	62
8. Die Wandelbarkeit des Normverständnisses.....	65
9. Sonderfälle der Auslegung.....	66
a) Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe.....	66
b) Die Gefahr der unbegrenzten Auslegung.....	66

III. Die Rechtsfortbildung	68
1. Grundfragen der richterlichen Rechtsfortbildung	68
2. Die Ausfüllung von Gesetzeslücken durch Analogie	71
a) Die Rechtsanalogie	71
b) Die Gesetzesanalogie	72
aa) Die Feststellung der Lücke im Gesetz	72
bb) Lückenschließung durch Analogieschluss	73
cc) Lückenschließung durch Erst-Recht-Schluss	75
c) Exkurs: Rechtsergänzung	77
3. Teleologische Reduktion	78
a) Grundlagen	78
b) Beispiel: Verbot des In-sich-Geschäfts (§ 181 BGB).....	79
4. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung	80
5. Exkurs: Gesetzesimmanente und gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung	81
E. Hinweise zur Anfertigung von Hausarbeiten und Klausuren im Zivilrecht	85
I. Gedankliche Vorarbeiten	85
1. Erfassen des Sachverhalts	85
2. Erfassen der Fragestellung	89
3. Lösungsskizze erarbeiten	91
a) Sammlung der in Betracht kommenden Normen	91
aa) Die Anspruchsmethode	91
bb) Suchstrategie	93
b) Strukturierung der gefundenen Normen	94
aa) Aufbau bei Beteiligung mehrerer Personen	94
bb) Aufbau bei mehreren Forderungen.....	95
cc) Schema der Anspruchsgrundlagen	96
(i) Vertragliche Ansprüche	97
(ii) Vertragsähnliche Ansprüche	98
(iii) Sachenrechtliche Ansprüche.....	98
(iv) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB)	98
(v) Ansprüche aus unerlaubter Handlung. (§§ 823 ff. BGB) und Gefährdungshaftung (z.B. § 7 StVG, § 1 Haftpflichtgesetz)	99
dd) Die Prüfung des einzelnen Anspruchs.....	100
(i) Die Anspruchsentstehung	100
(ii) Untergang des Anspruchs.....	101

(iii) Prüfung von Einreden.....	102
(1) Peremptorische Einreden.....	102
(2) Dilatorische Einreden	103
ee) Stufendenken	103
c) Vollständigkeit der Lösungsskizze.....	104
II. Die Anfertigung des Gutachtens	104
1. Technische Regeln.....	104
a) Gutachtenstil	104
b) Subsumtion	107
aa) Übersicht zur Subsumtion im Gutachtenstil.....	109
bb) Der Meinungsstreit in der Subsumtion.....	111
2. Stil der Erörterung	113
a) Fallbezug.....	114
b) Problemgewichtung.....	114
3. Billigkeit des Ergebnisses.....	115
III. Grundsätzliches zur Verwendung von Aufbauschemata.....	116
F. Spezielle Hinweise für Klausuren	117
I. Aufgabe.....	117
II. Formalia	117
1. Äußere Form	117
2. Deckblatt	118
3. Gliederung.....	118
III. Zeiteinteilung.....	118
IV. Stil der Erörterung.....	119
G. Spezielle Hinweise für Hausarbeiten	123
I. Aufgabe.....	123
II. Vorarbeiten.....	123
III. Beginn der Sachverhaltsbearbeitung	124
IV. Hinweise zur Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur	126
1. Grundregel.....	126
2. Notwendigkeit der Erörterung.....	128
3. Reihenfolge der Erörterung	129
4. Intensität der Erörterung.....	130
5. Darstellung fremder Meinungen	132
a) Allgemeines.....	132

b)	Rechtsprechung	133
c)	Literatur	133
d)	Sonstige Formalia	134
aa)	Deckblatt	134
bb)	Sachverhalt	134
cc)	Gliederung	135
dd)	Literaturverzeichnis	135
ee)	Gutachten	137
ff)	Paginierung	137
6.	Stil der Erörterung	137
7.	Umfang der Bearbeitung	138
H.	Schwerpunktbereichsarbeit / Seminararbeiten	139
I.	Die einzuhaltenden Formalia	139
II.	Die Vorgehensweise	140
1.	Vorarbeiten	140
2.	Niederschrift	142
III.	Zeiteinteilung	143
IV.	Thesenpapier	144
V.	Mündlicher Vortrag	145
1.	Redemanuskript	146
2.	Technische Hilfsmittel	147
3.	Rhetorik	147
I.	Übersichten / Musterhausarbeit	149
I.	Übersicht Anspruchsgrundlagen	149
II.	Musterhausarbeit	150

A. Vorwort

Das vorliegende Skript führt in die juristische Arbeitstechnik und in die Methode zivilrechtlicher Fallbearbeitung ein. Es richtet sich insbesondere an Studienanfänger bis zur Absolvierung der Zwischenprüfung. Es werden Anleitungen zur Erstellung der klassischen juristischen Leistungsnachweise (Klausuren, Hausarbeiten, Schwerpunktbereichsarbeiten, Seminararbeiten) gegeben. Insoweit kann das Skript auch studienbegleitend bis zur Examensvorbereitung genutzt werden.

Gerade die Kenntnis methodischer Grundlagen und das Beherrschen der juristischen Falllösungstechnik sind die Bausteine für ein erfolgreiches Examen. Erfahrungsgemäß scheitern viele Studenten nicht an einem zu geringen Aufwand. Vielmehr gelingt es Ihnen nicht, den „output“ zu erhöhen. Dies zu erreichen, setzt zum einen effektive Lernstrukturen voraus. Zum anderen ist es erforderlich, das vorhandene Wissen auch anwenden zu können.

Das Skript enthält arbeitstechnische Hinweise, die ein nachhaltiges Lernen ermöglichen. Es vermittelt Kenntnisse über das Auffinden und die Anwendung von Gesetzen. Diese Kenntnis ist für die Lösung eines jeden Sachverhaltes erforderlich, unabhängig vom Rechtsgebiet. Die Probleme sind jedoch überwiegend aus zivilrechtlicher Sicht erläutert. Anschließend wird verstärkt auf die Bedürfnisse der Studierenden bei der Lösung juristischer Sachverhalte eingegangen. In diesem Teil soll die Anwendung der methodischen Lehren im konkreten Fall aufgezeigt werden. Hierzu wird auf die Besonderheiten bei der Erstellung einer Klausur und bei einer Hausarbeit eingegangen. Schließlich erfolgen Hinweise, die zur Erstellung einer Schwerpunktbereichsarbeit unerlässlich sind.

Die arbeitstechnischen Hinweise und die Hinweise zur Falllösung bieten aus Sicht der Verfasser eine gute Möglichkeit zur Bewältigung der in einem juristischen Studium regelmäßig wiederkehrenden Schwierigkeiten. Freilich gibt es keine absolut richtige und für jeden Studierenden zielführende Lernmethode. Persönliche Fähigkeiten sowie Lernmethoden sind unterschiedlich. Das vorliegende Skript soll dabei helfen, den richtigen Weg und einen Einstieg in das Studium der Rechtswissenschaft zu finden.. Wenn das gelingt, hat das Skript seinen Zweck erreicht. Anregungen zur Verbesserung und Ergänzung nimmt der Verfasser gerne unter sozrecht@uni-koeln.de entgegen.

B. Juristisches Arbeiten aus allgemeiner und zivilrechtlicher Sicht

I. Einleitung

Juristen sind in den unterschiedlichsten Berufsfeldern tätig. Trotzdem gleicht sich die Arbeitsweise der Juristen in weiten Teilen. Regelmäßig dient die juristische Arbeit dazu, einen Rechtsstreit einer Lösung zuzuführen. Hierzu bedienen sich Juristen einer präzisen Fachsprache und einer speziellen Methodik.

1. Die Perspektive des Richters

Berufsfelder

Wenn Sie Jurist oder Juristin werden wollen, sollten Sie zunächst einige grundlegende Kenntnisse über die **Arbeitsweise der Juristen** besitzen. Die sich für einen Juristen bietenden Berufsbilder sind vielfältig. Neben den klassischen juristischen Berufen als Rechtsanwalt, Staatsanwalt oder Richter, bieten sich Tätigkeiten z.B. in Unternehmen und Verbänden oder in Ministerien bzw. anderen Verwaltungen. Auch wenn nur ein geringer Prozentsatz der Studenten später als Richter tätig sein wird, so ist doch Ziel der juristischen Ausbildung die **Befähigung zum Richteramt**. Die Befähigung zum Richteramt wiederum ist Voraussetzung, um weitere juristische Berufe ergreifen zu können. So wird als Rechtsanwalt nur zugelassen, wer die Befähigung zum Richteramt erlangt hat. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass eine ordnungsgemäße anwaltliche Beratung nur möglich ist, wenn eine Prognose über die abschließende Entscheidung abgegeben werden kann. Diese abschließende Entscheidung trifft aber in den meisten Fällen nicht der Rechtsanwalt, sondern der Richter. Der Richterinnen und Richter haben in einem Rechtsstaat "das letzte Wort". Deshalb ist es besonders wichtig, seine (oder ihre) Arbeitsweise zu kennen. Diese besteht darin, einen Lebenssachverhalt unter allen rechtlichen Gesichtspunkten zu untersuchen, d.h. die einschlägigen Rechtsvorschriften zu finden und auf den Fall anzuwenden. Dazu wird **methodisches und systematisches Wissen benötigt**, das einen Überblick und die Beherrschung einer Vielzahl von Gesetzen ermöglicht. Zum anderen helfen praktische **Lebenserfahrung** und ein möglichst breit angelegtes **Allgemeinwissen**, ohne die eine Rechtsanwendung auf den Lebenssachverhalt an der Sache vorbeigehen kann. Nur einen Teil der benötigten Kenntnisse und Fähigkeiten können Ihnen Bücher und Vorlesungsmaterial vermitteln. Für das übrige müssen Sie durch Interesse an wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhängen, die Lektüre einer Tageszeitung oder z.B. ein *studium generale* selbst sorgen.

Durch den Befund, dass immer mehr Juristen als Rechtsanwälte tätig sind, finden aber auch in der Ausbildung Verschiebungen statt. Die Klausuren können daher ebenfalls aus dem rechtsberatenden und rechtsgestaltenden anwaltlichen Tätigkeitsbereich gestellt werden. Der bislang weit

überwiegende Teil der Arbeiten ist allerdings immer noch aus der Perspektive des Richters zu lösen.

2. Sprache und Rechtsbegriffe

Studieren heißt zuallererst viel lesen und reden. Dabei wird jeder Studienanfänger mit der **Sprache der Juristen** konfrontiert, die in vielerlei Hinsicht von der Alltagssprache abweicht. Die Sprache der Juristen ist nicht unbedingt schön, sie ist aber regelmäßig in dem Sinne präzise, dass Juristen, wenn sie bestimmte Rechtsbegriffe verwenden, sich über deren jeweilige Bedeutung einig sind. Das soll nicht bedeuten, dass sich die Juristen über das Recht einig sind (ganz im Gegenteil). Die einheitliche Verwendung von Rechtsbegriffen sorgt jedoch dafür, dass man nicht aneinander vorbeiredet. Ein Meinungsstreit (über die Geltung oder Nichtgeltung einer Regel) zeugt also regelmäßig tatsächlich von unterschiedlichen Ansichten und nicht davon, dass beide das gleiche meinen, aber unterschiedliche Begriffe benutzen.

Rechtssprache

Ein erheblicher Teil Ihres Studiums wird darin bestehen, den **Inhalt von Rechtsbegriffen** kennenzulernen und sie im richtigen Zusammenhang zu verwenden. Das klassische Beispiel ist die Unterscheidung von Besitz und Eigentum. Im Alltag spricht man häufig vom Besitzer (z.B. eines Grundstücks) und meint denjenigen, dem das Grundstück gehört. In der Sprache der Juristen ist das jedoch der Eigentümer, der Besitzer im rechtstechnischen Sinne ist nur derjenige, der die tatsächliche Gewalt über die jeweilige Sache hat. So kann etwa der Mieter einer Wohnung (im juristischen Sinne) ihr Besitzer sein, Eigentümer ist er gerade nicht.

3. Die Unterscheidung von Allgemeinem und Besonderem Teil

Um überhaupt mit dem Studium beginnen zu können, müssen Sie schon einige besonders wichtige Begriffe kennen: So ist in allen Rechtsgebieten die Unterscheidung des **Allgemeinen Teils** vom **Besonderen Teil** eines Rechtsgebietes wichtig. Regeln des allgemeinen Teils (z.B. des BGB) gelten, wie ihr Name schon andeutet, allgemein, d.h. für besonders viele mögliche Situationen des täglichen Lebens. Was gemeint ist, lässt sich am besten anhand eines Beispiels erläutern: Im Privatrecht wird sehr häufig ein Vertrag geschlossen, auch Sie selbst haben das schon getan, wenn Sie sich z.B. eine Sache gekauft haben. Es gibt aber nicht nur Kaufverträge, sondern auch Mietverträge, Dienstverträge, Werkverträge usw. Auch die Ehe ist ein Vertrag, es gibt Verträge im Bereich des Familienrechts, des Gesellschaftsrechts, auch im Sachenrecht und in allen anderen Gebieten des Privatrechts. Wie ein Vertrag zustande kommt, ist deshalb nicht nur eine besonders wichtige, sondern auch eine allgemeine Frage, die im Bereich des Kaufrechts nicht anders entschieden wird als etwa auf dem Gebiet des Arbeitsrechts.

Systematik

Dementsprechend enthält das Bürgerliche Gesetzbuch einen Allgemeinen Teil, in dem die Regeln über das Zustandekommen eines Vertrages

enthalten sind. Der Allgemeine Teil enthält auch andere Regeln, die in sämtlichen Gebieten des Privatrechts Anwendung finden. Diese Regeln sind also **Schlüsselregeln**. Sie zu kennen, ermöglicht dem Juristen, sich leicht in die Regeln des Besonderen Teils einzuarbeiten, die jeweils nur für ein bestimmtes Rechtsgebiet gelten. Denn diese besonderen Regeln sind letztlich nur Details. Kennt man die Grundregeln des jeweiligen allgemeinen Teils, kann man sich die besonderen Regeln relativ einfach (häufig schon durch die Lektüre des Gesetzes) selbst erschließen.

Beispiel aus dem Zivilrecht:

Weiß man, dass ein Rechtsgeschäft bei Nichteinhaltung einer Formvorschrift nichtig ist (§ 125 S. 1 BGB = Regel des Allgemeinen Teils des BGB), so erkennt man sofort die Bedeutung einer Vorschrift, die etwa besagt, dass die Kündigung eines Mietverhältnisses über Wohnraum der Schriftform bedarf (§ 568 Abs. 1 BGB = Vorschrift des Besonderen Teils des Schuldrechts). Umgekehrt könnte man allein mit der Information, dass mündliche Mietkündigungen nichtig sind, nicht viel anfangen.

Beispiel aus dem Strafrecht:

Weiß man, dass der Versuch eines Verbrechens (anders als der eines Vergehens) stets strafbar ist (§ 23 StGB; allgemeiner Teil), weiß man ferner, dass Verbrechen solche Straftaten sind, die im Mindestmaß mit Freiheitsstrafe von einem Jahr bedroht sind (§ 12 Abs. 1 StGB; allgemeiner Teil), so erkennt man sofort, dass der Versuch eines Raubes (§ 249 Abs. 1 StGB, besonderer Teil) strafbar ist, obwohl in § 249 StGB davon nicht die Rede ist.

II. Ziele des Studiums und Wege zur Zielverwirklichung

Ziel Ihres Studiums ist der erfolgreiche Abschluss des ersten juristischen Staatsexamens. Die dort zu erbringenden Prüfungsleistungen sind während des Studiums einzuüben. Gleichzeitig müssen Sie anhand juristischer Informationsquellen, das Rechtssystem und einzelne Rechtsfragen erlernen und verstehen.

1. Die anzufertigenden Arbeiten

Klausuren

Maßgebliche Bedeutung kommt der Anfertigung von Klausuren zu. Die juristische **Klausur** „verfolgt“ den Studenten von den Anfangssemestern bis zum Examen. Während des Grundstudiums sind in den einzelnen Vorlesungen Semesterabschlussklausuren zu schreiben. In der Schwerpunktbereichsprüfung hat der Student drei Klausuren anzufertigen. Der schriftliche Teil der ersten juristischen Staatsprüfung besteht aus sechs Klausuren, wovon drei aus dem Zivilrecht, zwei aus dem Gebiet des öffentlichen Rechts und eine aus dem Strafrecht stammen. Ziel einer Klausur ist regelmäßig die Lösung eines unbekanntes Falles. Im Vordergrund steht das Auffinden der einschlägigen Normen und deren methodisch korrekte Anwendung (siehe unten Teil C. und D.). Außerdem

muss zu bekannten und unbekanntem Rechtsproblemen Stellung bezogen werden. Als Hilfsmittel steht bis zum 1. Examen „nur“ der Gesetzestext zur Verfügung.

Zur erfolgreichen Ablegung der Zwischenprüfung muss der Student zumindest eine **Hausarbeit** bestanden haben. Auch im Rahmen der Schwerpunktbereichsprüfung ist als Teilaufgabe eine Hausarbeit zu bewältigen. Im ersten Staatsexamen wird nur noch teilweise die Anfertigung einer Hausarbeit verlangt. Wie bei einer Klausur ist auch bei einer Hausarbeit ein unbekannter Sachverhalt einer juristischen Lösung zuzuführen. Im Unterschied zu einer Klausur hat der Bearbeiter aber deutlich mehr Zeit zur Verfügung. Außerdem ist in einer Hausarbeit die Befähigung zum wissenschaftlichen Arbeiten nachzuweisen. Dies geschieht, indem die zur Verfügung stehenden Rechtsquellen aus Literatur und Rechtsprechung ausgewertet werden und Stellung dazu bezogen wird. (siehe unter G.)

Hausarbeit

Im Rahmen der universitären Schwerpunktbereichsprüfung sowie bei klassischen Seminaren hat der Student eine **Themenarbeit** anzufertigen. Auch die Themenarbeit ist eine häusliche Arbeit. Bei einer Themenarbeit ist wie bei einer Hausarbeit die vorhandene Rechtsprechung und Literatur auszuwerten und Stellung zu den dort vertretenen Argumenten zu beziehen. Im Unterschied zu einer Hausarbeit geht es aber nicht um die Lösung eines konkreten Sachverhaltes. Vielmehr ist ein Rechtsproblem systematisch und umfassend zu lösen. Hierbei ist die Fragestellung meist deutlich weiter gefasst als bei einer Hausarbeit. Die Arbeit ist abschließend in einem Seminar mündlich vorzutragen. (siehe unter H.)

Schwerpunkt-
bereichsarbeit

2. Verschiedene Ziele

Um die im Studium anzufertigenden Aufgaben bewältigen zu können, ist das Ziel Ihres Studiums im Privatrecht,

- wichtige Rechtsregeln zu **kennen** (Wissen)
- die jeweils einschlägigen Rechtsregeln **finden** zu können (Verständnis der Struktur des Privatrechts)
- neue Rechtsregeln **erfinden** zu können, soweit das zulässig ist, z.B. bei der Beratung von Mandanten oder bei dem Entwerfen von Verträgen (Wissen, Verstehen und Kreativität),
- die gefundenen Rechtsregeln **ordnungsgemäß anzuwenden**.

Der erste Teil, die Anhäufung von Wissen, geht mit dem **Verstehen der Struktur** des Rechts Hand in Hand: Man baut sich zuerst einige "Inseln des Wissens" auf, um sich einen Überblick darüber zu verschaffen, wie man Rechtsregeln findet. Viele Regeln stehen im Gesetz. Man braucht sie deshalb nicht auswendig zu lernen, sondern sucht nach Möglichkeiten, sie schnell und zielsicher zu finden (und dabei möglichst nichts zu über-

sehen). Solche Möglichkeiten zu kennen, entlastet das Gehirn vom Auswendiglernen. Man lernt sie vor allem anhand konkreter Lebenssituationen, den sogenannten Fällen. Fälle dienen in der Ausbildung als Beispiele für die Wirkung von Gesetzen und auch als Prüfstein: Kenne ich bereits die einschlägigen Regeln oder kann ich sie mir aus meinem Wissen um die Gesetzesstruktur zielsicher erschließen, so dass ich zur richtigen Lösung der Fallfrage gelange?

Manche Regeln des Gesetzes wird man häufiger lesen als andere, da sie etwa in vielen Lebenssituationen zur Anwendung kommen. Schon dadurch lernt man nach einer Weile regelmäßig die wichtigsten Vorschriften auswendig oder weiß zumindest, wo genau sie zu finden sind. Kennt man einige Regeln des Gesetzes (im Privatrecht zuerst die des BGB) und dazu Möglichkeiten, nicht bekannte Regeln im Gesetz zu finden, so wird man sich für die ebenfalls existierenden **ungeschriebenen Regeln** interessieren, die man notwendig auswendig lernen muss.

Zusammenhänge erkennen

Geschriebene und ungeschriebene Rechtsregeln gibt es viele, sie stehen stets im Zusammenhang zu anderen Regeln; manche Regeln widersprechen einander. Wenn man die einzelnen Regeln als Vokabeln versteht, dann sind diese Zusammenhänge und Widersprüche die Grammatik des Rechts. Nur wer diese "Grammatik" kennt und verstanden hat, wird auch für bisher unbekannte Lebenssituationen die passende Lösung finden können. Sie erst ermöglicht auch das Finden von Argumenten und die sachgerechte Beratung von Auftraggebern bei der **Vertragsgestaltung**. Denn wer die Zusammenhänge kennt, weiß auch, wo das Recht für die private Gestaltung der Rechtsbeziehungen durch Vertrag Raum lässt und wie dieser Raum zweckmäßig und interessengerecht ausgefüllt werden kann.

Methodik

Die korrekte Anwendung der Rechtsregeln setzt darüber hinaus eine besondere **Methodik** voraus. Durch Auslegung muss der Inhalt der jeweiligen Norm ermittelt werden. Nur so kann festgestellt werden, ob der zu überprüfende Sachverhalt unter den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt. Hierbei werden sich oftmals unterschiedliche Auslegungsergebnisse finden. Dann ist eine argumentative Abwägung zwischen den vertretbaren Meinungen vorzunehmen.

3. Hürden bei der Zielerreichung

Um die angesprochenen Ziele zu erreichen, gilt es allerdings, einige Hürden zu überwinden. Diese Hürden können wie folgt beschrieben werden:

Gesetzesflut

- Es gibt allein durch die Tätigkeit des deutschen und des europäischen Gesetzgebers heutzutage eine auch für erfahrene Juristen kaum noch zu überschauende **Vielfalt von geschrie-**

benen Rechtsregeln. Die Gefahr, die eine oder andere bei der Lösung eines Falles zu übersehen, ist daher beträchtlich.

- Neben den geschriebenen Regeln gibt es auch Regeln, die durch die Tätigkeit der Gerichte, d.h. die **Rechtsprechung** entstehen. Z.B. kann etwa ein Urteil eine Lücke im Gesetz durch eine vom Richter gefundene Regel ausfüllen. Der Richter kann auch eine im Gesetz niedergelegte Regel wegen eines Widerspruchs zu einer anderen – ebenfalls geschriebenen Regel – für unbeachtlich erklären. Welche der beiden sich widersprechenden Regeln gilt, steht dann zwar im Urteil, aber nicht im Gesetz. Sie müssen also auch solche Urteile kennen. Anzumerken ist bereits an dieser Stelle, dass es – ähnlich dem geschriebenen Recht – mittlerweile auch eine kaum zu überschauende Vielfalt an Rechtsprechung gibt. In juris sind über 1.000.000 Urteile dokumentiert (Stand September 2009). Die Ihnen zur Verfügung stehenden Lehrmaterialien werden Ihnen aber dabei helfen, die wichtigen von den weniger wichtigen Urteilen zu unterscheiden.
- Manche Regeln des Gesetzes sind sehr abstrakt und "weich" gehalten. Sie verwenden Begriffe, deren Inhalt zwar vielleicht nicht unklar ist, aber sehr wohl ausfüllungsbedürftig, um aus dem Gesetzeswortlaut eine konkrete Regel abzuleiten. Diese **unbestimmten Rechtsbegriffe** sind noch dazu häufig in den sogenannten **Generalklauseln** der Gesetze enthalten. Das sind Regeln, die bestimmte Prinzipien eines Rechtsgebietes niederlegen, wie etwa das Gebot von Treu und Glauben in § 242 BGB. Auch hier "kennt" man die geltende Regelung erst dann, wenn man die zu dem jeweiligen Gesetz ergangenen – grundlegenden – Urteile und damit die sich in der Praxis herauskristallisierten Fallgruppen kennt.
- Häufig wird über die konkrete Ausfüllung von unbestimmten Rechtsbegriffen auch ein Streit bestehen. Rechtsanwälte, Professoren und andere an der Rechtsfrage interessierte Personen äußern sich in Aufsätzen, Kommentaren und Monographien zur "richtigen" Auslegung des Gesetzes. Häufig sind sie unterschiedlicher Auffassung über die Auslegung. Diese **Meinungsstreite** muss man – zumindest bei wichtigen Fragen – ebenfalls kennen. Denn sie führen dazu, dass ein Fall von der Rechtsprechung möglicherweise in der einen oder aber in der entgegengesetzten Richtung entschieden wird. Ohne das Wissen um den Streit könnten sie deshalb z.B. einem Mandanten möglicherweise einen falschen Rat geben.
- Schließlich gibt es Lebenssituationen, die "neu" sind, also in der oder einer ähnlichen Form bislang nicht von einem Gericht entschieden wurden, und für die keine ausdrückliche Regel im

„Urteilsflut“

Unbestimmte
Rechtsbegriffe

Meinungsstreite

Eigenständige
Argumentation

Gesetz zu finden ist. Hier hilft das Wissen um die Vergangenheit (Urteile, Meinungen in der Literatur) möglicherweise nicht mehr weiter. Sie müssen selbst versuchen, **Argumente** für die Entscheidung des Falles in die eine oder andere Richtung zu finden. Gerade dafür ist das Wissen um die Struktur und die Grundregeln des Gesetzes von Bedeutung. Denn Ihre Argumentation darf nicht im Widerspruch zu geltenden Regeln stehen und angesichts der erwähnten Vielfalt geschriebenen und ungeschriebenen Rechts benötigt man auch eine Hilfestellung bei dem Finden widerspruchsfreier Argumente.

4. Wege zur Überwindung der Hindernisse

Die eben beschriebenen Tatsachen sowie die Notwendigkeit, die geschriebenen und ungeschriebenen Regeln in ihrem Zusammenhang zu sehen, machen es erforderlich, das **notwendige Systemwissen** und die **methodisch richtige Anwendung der Rechtsregeln** zu erlernen. Hierzu müssen Sie juristische Literatur und Urteile zu Rate ziehen.

a) Die Literatur

Der Einstieg in die juristische Literatur erfolgt beim Anfänger mit dem Studium eines Lehrbuchs oder eines vom Dozenten hierfür entwickelten Skriptes. Mit dessen Hilfe kann man einen Überblick erreichen und Anleitungen zur richtigen Auswahl der zu lesenden Gesetze, Urteile und Stellungnahmen in der Literatur erhalten. Diese Materialien sollten der Vor- und Nachbereitung der Vorlesung dienen.

Lehrbücher

Als Lehrbücher empfehlen sich sogenannte **Kurzlehr- oder Studienbücher**, die einen *Überblick* über die Materie geben und in aller Regel bei schwierigen Rechtsfragen auf weiterführende und vertiefende Literatur verweisen. Die Lektüre eines Kurzlehrbuches ist für den Anfänger auch deswegen geeignet, weil angesichts der Kürze der Darstellungen *Strukturen* deutlich werden, die für das Verständnis erforderlich sind. Bei der Verwendung größerer Werke zum Einstieg besteht wegen der Stofffülle und den damit verbundenen Verständnisschwierigkeiten die Gefahr, dass das Interesse an der Materie und damit die Lust zu Lernen allzu schnell verloren geht.

Beachte: Ob ein Lehrbuch ein Kurzlehrbuch ist, richtet sich nach dem Inhalt, nicht nach der Bezeichnung des Verlags.

Merke: Viel wichtiger als die Anhäufung von Einzelwissen ist das Verstehen der methodischen Grundlagen und der Gesamtstrukturen des jeweiligen Rechtsgebietes. Erst wenn die Grundstrukturen verstanden sind, macht die Anhäufung von Einzelwissen Sinn.

Kurzlehrbücher helfen jedoch dann nicht mehr weiter, wenn man sich einen bestimmten Problembereich erarbeiten und die Lösung des Problems von Grund auf verstehen will. Die Notwendigkeit einer vertieften Erarbeitung eines juristischen Problemfalles besteht in mancherlei Situation. So gibt es klassische Problemfälle, deren Kenntnis in Prüfungssituationen (Klausuren) vorausgesetzt wird. Für diese Situation sind die **großen Lehrbücher** besonders empfehlenswert, weil in ihnen die verschiedenen Meinungen zusammengestellt und die Positionen gegeneinander abgewogen werden.

Große Lehrbücher

Des Weiteren wird im Rahmen von Hausarbeiten sowie Seminararbeiten die vertiefte Behandlung von - zumeist mehreren - Problemfällen erwartet. Diese häufig unbekanntenen Probleme müssen zunächst aufgefunden werden. Als wichtigstes literarisches Hilfsmittel sind an dieser Stelle die **Kommentare** zu nennen, die in ihrem Aufbau der im Gesetz vorgegebenen Normfolge entsprechen. Sie vermitteln dem Leser einen Überblick über die zur jeweiligen Norm bestehende Problematik und den Streitstand in Literatur und Rechtsprechung. Der Kommentar dient damit dem Einstieg in das Detailproblem. Er eignet sich nicht dazu, ein Rechtsgebiet mit Verständnis zu durchdringen, sondern kann nur im speziellen Fall zu Rate gezogen werden. Ähnlich wie bei den Lehrbüchern unterscheidet man zwischen **Kurz- und Großkommentaren**. Während die Kurzkomentare (u.a. PALANDT) zumeist nur die Rechtsprechung oder die herrschende Meinung wiedergeben und auf abweichende Auffassungen lediglich hinweisen, bieten Großkommentare (z.B. STAUDINGER) stets eine umfassende Darstellung und eigene Stellungnahme.

Kommentare

Der Kommentar enthält auch die wichtigen Verweisungen auf **Aufsätze** in Fachzeitschriften, die regelmäßig die systematische Abhandlung spezifischer Problemkreise enthalten und damit der Vertiefung dienen. Ebenso verhält es sich mit **Monographien** und **Beiträgen in Festschriften** bzw. **Gedächtnisschriften**.

Schließlich finden sich umfangreiche Abhandlungen von Problemfällen, insbesondere solcher, die eine erhöhte Prüfungsrelevanz aufweisen, in **juristischen Ausbildungszeitschriften**. Beispielhaft sind hier die Zeitschriften Juristische Schulung (JuS), Juristische Ausbildung (JURA) und Juristische Arbeitsblätter (JA) zu nennen. Die Lektüre dieser Zeitschriften ist dem Studenten besonders zu empfehlen. Die Aufsätze, die in Ausbildungszeitschriften veröffentlicht werden, sind zu Ausbildungszwecken besser geeignet als spezielle Abhandlungen in Fachzeitschriften, weil sie neben Problemschwerpunkten auch Grundkenntnisse vermitteln. Darüber hinaus werden Musterlösungen von Klausuren und Hausarbeiten veröffentlicht, die teilweise Gegenstand von Examensarbeiten waren. Mit Hilfe dieser Sachverhalte und Lösungsvorschläge kann der Student seinen „Leistungsstand“ überprüfen und sich mit fortschreitender Studiedauer an den Umfang von Examensarbeiten gewöhnen. Hinsichtlich der Musterlösungen ist relativierend zu bemerken, dass sie zumeist weit über

Ausbildungszeit-
schriften

das hinausgehen, was von einem Kandidaten in der Prüfungssituation in einer Klausur erwartet wird.

b) Die Rechtsprechung

Dominanz
höchstrichterlicher
Entscheidungen

Dem Kommentar kann man die Hinweise auf die einschlägigen Entscheidungen der Gerichte entnehmen. Der Rechtsprechung kommt eine besondere Bedeutung zu. Schließlich prägt die Rechtsprechung die **Rechtslage für die Praxis**. Dies droht angesichts der Flut der literarischen Stellungnahmen und der teilweise harschen Kritik an der Rechtsprechung bisweilen nicht hinreichend beachtet zu werden.

Für die Fallbearbeitung ergibt sich die Relevanz richterlicher Entscheidungen vor allem daraus, dass Rechtssätze konkretisiert und durch Fallbildung typisiert werden. Von größter Wichtigkeit ist dies im Bereich von Generalklauseln (z.B. §§ 138, 242 BGB). Ferner werden durch die Rechtsprechung – soweit dies möglich ist – Anwendungsbereich und Gehalt der Normen den gesellschaftlichen, politischen, technischen und sozialen Entwicklungen angepasst.

Schließlich werden durch die Rechtsprechung Gesetzeslücken aufgezeigt und ausgefüllt. Dass der Richter dabei in Konkurrenz zum Gesetzgeber tritt, stellt das entscheidende Problem der Rechtsfortbildung (siehe unter D. III.) dar.

Urteile lesen!

Demzufolge ist der Rechtsprechung bei der Behandlung von Problemfällen im Rahmen von Arbeiten eine besondere Bedeutung beizumessen. Aus diesen Gründen sollte der Student möglichst frühzeitig mit der Lektüre von Gerichtsentscheidungen beginnen. Beschränken Sie sich dabei auf die in Lehrbüchern angegebenen **grundlegenden Entscheidungen** zu den wichtigen Problemkreisen.

Exkurs: Bindungswirkung gerichtlicher Entscheidungen

Die gerichtliche Entscheidung gilt nur zwischen den Parteien des Rechtsstreites („inter partes“, § 235 ZPO). Man spricht insoweit von der subjektiven Begrenzung der Rechtskraft des Urteils. Der Entscheidungstenor der gerichtlichen Entscheidung kann deswegen nicht wie eine Norm behandelt werden. Des Weiteren ist bei der Heranziehung von Urteilen stets zu bedenken, dass das Gericht immer nur einen Ausschnitt aus dem Anwendungsspektrum einer Norm entscheidet, der nicht verallgemeinerungsfähig ist. Welcher Fall durch die Entscheidung erfasst wird, ergibt sich immer nur aus der Zusammenschau von Tatbestand und Entscheidungsgründen.

Ausnahme: Im Falle einer Entscheidung durch das BVerfG erstreckt sich dessen Bindungswirkung nicht nur auf die Parteien des Rechtsstreits, sondern hat sogar Gesetzeskraft (§ 32 BVerfGG).

Wichtige Entscheidungen der obersten Gerichtshöfe des Bundes sowie des BVerfG werden in **amtlichen Entscheidungssammlungen** veröffentlicht. Für den Studenten sind die folgenden amtlichen Entscheidungssammlungen von besonderer Bedeutung:

**Amtliche
Sammlungen**

- Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE)
- Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (BGHZ)
- Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen (BGHSt)
- Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE)

Vornehmlich für den Studenten mit der Wahlfachgruppe Arbeitsrecht und/oder Sozialrecht gewinnen die Entscheidung des BAG und des BSG Bedeutung. Diese sind abgedruckt in:

- Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts (BAGE)
- Entscheidungen des Bundessozialgerichts (BSGE)

Die Entscheidungen des BAG finden sich darüber hinaus nach Sachgebieten geordnet im *Nachschlagewerk des BAG – Arbeitsrechtliche Praxis (AP)*.

Nicht zu vergessen ist bei einer ausführlichen Bearbeitung auch die Rechtslage der Zeit vor der Gründung der Bundesrepublik Deutschland. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts findet sich ebenfalls in amtlichen Sammlungen:

- Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ)
- Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen (RGSt)

Darüber hinaus sei darauf hingewiesen, dass auch die Gerichte der Länder Entscheidungssammlungen herausgeben. Nur beispielhaft seien hier herausgegriffen:

- Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (OLGZ)
- Entscheidungen der Obergerichtshöfe Münster und Lüneburg sowie des Verfassungsgerichtshofes Nordrhein-Westfalen und des Niedersächsischen Staatsgerichtshofes (OVGE)

Aktuelle Entscheidungen und **Entscheidungen der Untergerichte** finden sich in Fachzeitschriften (z.B. NJW, NJW-RR, NStZ, NVwZ, NVwZ-RR, DÖV).

5. Der Ort des Geschehens - Die Bibliothek

In einer Bibliothek findet der Studierende die dargestellten Informationsquellen. Der Studienanfänger sollte sich möglichst *frühzeitig* mit der Arbeit in einer Bibliothek vertraut machen, damit er in der **Prüfungssituation** (Hausarbeiten, Schwerpunktbereichsarbeit) die für die Anfertigung der Arbeit notwendigen Hilfsmittel ohne langwieriges Suchen (Zeitverlust!) auffindet. Des Weiteren ist die Bibliothek der Ort zur Vorbereitung, Wiederholung und Vertiefung des Vorlesungsstoffes.

Bibliotheken

Am Hochschul- oder Wohnort sollte man sich zunächst einen Überblick über die Bibliotheken verschaffen, die für den Juristen überhaupt in Betracht kommen. Nur so lässt sich eine Auswahl hinsichtlich des bestmöglichen **Lernortes** treffen.

Jede Hochschule verfügt über eine **zentrale Universitätsbibliothek**, die zumeist auch in den einzelnen Fachbereichen gut ausgestattet ist. Ihr sind Lehrbuchsammlungen angeschlossen, in denen die gängigen Kommentare und Lehrbücher ausgeliehen werden können. Neben der zentralen Universitätsbibliothek gibt es an der juristischen Fakultät auch eine **Fachbereichsbibliothek**. In diesem Hauptseminar befinden sich in der Regel alle für das juristische Arbeiten nötigen Materialien. Die Ausstattung mit juristischen Fachbüchern ist hier meist deutlich besser als in der zentralen Universitätsbibliothek. Allerdings ist das juristische Seminar eine reine Präsenzbibliothek, so dass für eine (längerfristige) Ausleihe von spezieller Literatur nur die zentrale Universitätsbibliothek (Lehrbuchsammlung) in Betracht kommt. Weiterhin besteht in der Zentralbibliothek die Möglichkeit, die am Hochschulort nicht verfügbare Literatur im Wege der Fernleihe zu erhalten.

Besondere Erwähnung verdienen insbesondere an der Universität zu Köln die **Institutsbibliotheken**. Hierbei handelt es sich um Bibliotheken der einzelnen Lehrstühle, die neben Spezialliteratur auch die "juristische Grundausstattung" aufweisen. Die Existenz oder die Nutzungsmöglichkeit dieser Räumlichkeiten ist häufig wenig bekannt, so dass hier ein ruhiges und ungestörtes Arbeiten möglich ist. Die Benutzung dieser Bibliotheken bietet sich deswegen für das ergänzende Studium ebenso an, wie zur Anfertigung von Hausarbeiten in dem jeweiligen Rechtsgebiet. Mit Hilfe von Studiengebühren (juristisch korrekt: Studienbeiträge) konnten die Bibliotheksbestände und die Öffnungszeiten einiger Institutsbibliotheken ausgeweitet werden.

Außerhalb der Universität sind noch die Parlaments- und Behördenbibliotheken (vor allem **Gerichtsbibliotheken**) sowie Landes- und Stadtbibliotheken die Orte, an denen rechtswissenschaftliches Schrifttum zur Verfügung steht und mitunter auch ausgeliehen werden kann. Teilweise sind diese Bibliotheken aber nicht für den Publikumsverkehr zugänglich.

In der Bibliothek selbst gilt es, zunächst den dort befindlichen **Benutzungsführer** zu Rate zu ziehen oder sich durch das Personal einweisen zu lassen. Die in den jeweiligen Bibliotheken befindliche Literatur lässt sich dann mittels der entsprechenden Kataloge erschließen. Die Kataloge sind mittlerweile weitestgehend durch Datenbanken ersetzt.

6. Nutzung moderner Informationstechniken

Auch das Arbeitsfeld des Juristen wird in zunehmendem Maße durch den Einsatz moderner Informationstechniken geprägt. So bieten das Internet sowie juristische Datenbanken bei der Rechtsprechungs- und Literaturrecherche eine enorme **Arbeitserleichterung**. Sie erlauben eine gezielte, sichere und erschöpfende Suche. Darüber hinaus helfen sie – richtig eingesetzt – zu vermeiden, dass der Student in unzähligen abgedruckten Urteilen, Aufsätzen und Abhandlungen aus Lehre und Praxis den Überblick verliert.

Internet

Die umfangreichste **Juristische Datenbank** mit über 10 Mio. Dokumenten in 43 Datenbanken aus Rechtsprechung und Rechtslehre ist "JURIS". An diese (leider kostenpflichtige) Datenbank sind fast alle Universitäten in der Bundesrepublik angeschlossen. Dort finden sich Entscheidungen der Arbeits-, Finanz-, Sozial-, Verwaltungs-, Verfassungs- und ordentlichen Gerichtsbarkeit sowie Aufsätze und online-Kommentare. In jüngster Zeit bekommt Juris aber Konkurrenz durch verlagseigene Online-Datenbanken mit ebenfalls kostenpflichtigem Inhalt (z.B. www.beck-online.de, www.legios.de oder www.westlaw.de), die u.a. Volltexte von Zeitschriftenartikeln beinhalten. Ebenfalls von "JURIS" und vielen anderen Anbietern (z.B. NJW-Volltext, Celex) werden auf CD-ROM sog. offline-Datenbanken angeboten. Verfügbar sind z.B. Datenbanken mit Informationen aus einem Fachgebiet (u.a. Rechtsprechung des BGH, der FG und des BSG) oder solche, die Verlagsperiodika verfügbar machen.

Juris

Auf den Internetseiten der **Universitätsbibliothek** befindet sich eine umfangreiche Liste mit weiterführenden Links zu den im Uninetz zu nutzenden Datenbanken. Hierüber kann auf juris und beck-online kostenfrei zugegriffen werden.

Auch der Student, der im Umgang mit Computern nicht so vertraut ist, sollte seine Scheu überwinden und diese Möglichkeit nutzen. Die Benutzung ist einfach, da die auszuführenden Schritte stets in Bedienungsleisten angezeigt werden. Darüber hinaus wird stets ein „Freak“ in der Nähe sein, der notfalls helfen kann.

Ein guter Einstieg in das **Lernen via Internet** ist die Seite des Juristischen Internetprojekts Saarbrücken.

<http://www.jura.uni-saarland.de>

Dort gibt es nicht nur Links zu Entscheidungen, sondern auch umfangreiche Hinweise zur Ausbildung inklusive Klausuren mit Musterlösung, Skripten und News. Daneben bieten viele juristische Verlage mittlerweile relativ umfangreiche Entscheidungssammlungen auf ihrer Homepage. Die Suche nach Urteilen im Internet, etwa mit Hilfe von Stichworten über

<http://www.google.de>

kann sich also durchaus lohnen, bietet freilich nicht den Vorteil der Vollständigkeit. Wer im Bereich des **Wirtschaftsrechts** "auf dem Laufenden" bleiben will, sollte regelmäßig die Seite der Verlagsgruppe Handelsblatt

<http://www.der-betrieb.de>

besuchen.

Für das **Arbeits- und Sozialrecht** bieten sich die Internetseiten

<http://www.aus-portal.de>

an. Dort finden sich Informationen zur Gesetzgebung im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts. Die **neuere Rechtsprechung** verschiedener oberster Gerichte ist jetzt auch über die Homepage des jeweiligen Gerichts abrufbar, z.B. für das Bundesverfassungsgericht über

<http://www.bverfg.de>

In dieser Fassung kann sie - mangels Seitenzahlen - nach Textabsätzen zitiert werden. Die zivil- und strafrechtlichen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs sind im Internet abrufbar unter

<http://www.bundesgerichtshof.de>

Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts finden sich unter

<http://www.bundesverwaltungsgericht.de>

Arbeitsgerichtliche- und sozialrechtliche Entscheidungen können unter:

<http://www.bundesarbeitsgericht.de>

<http://www.bundessozialgericht.de>

abgerufen werden.

Gute Dienste leisten die Datenbanken auf der Homepage des **Bundestages**

<http://www.bundestag.de>

Dort erhält man auch Zugang zu den Drucksachen und Plenarprotokollen von Bundestag und Bundesrat. Neuere Ausgaben des **Bundesgesetzblattes** kann man auch einsehen bei

<http://www.bundesanzeiger.de>

<http://bgbl.makrolog.de>

Umfassende Informationen zum **Europarecht** finden sich auf der Homepage der Europäischen Union

<http://europa.eu/index-de.htm>

dabei finden sich die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes unter

http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/

Vgl. im Übrigen zur Nutzung juristischer Informationen im Internet LANGENHAN/LANGENHAN, Internet für Juristen, 4. Aufl., 2003; KRÖGER/KUNER, Internet für Juristen, 3. Aufl., 2001.

III. Juristisches Lernen

Auch für das juristische Lernen gilt das Problem des Vergessens. Die Menge des zu lernenden Stoffes muss man über verschiedene Lernwege und ständiges Üben dem Langzeitgedächtnis zuführen. Wichtigstes Hilfsmittel ist dabei der Gesetzestext.

1. Das Problem des Vergessens

"Ich habe es vergessen." Dies werden Sie während Ihres juristischen Studiums, aber auch darüber hinaus, häufig feststellen. Das menschliche Vergessen ist beklagenswert, aber in der menschlichen Natur angelegt. Würden alle Informationen, die über unsere Sinnesorgane zum Gehirn gelangen, für immer gespeichert, wäre selbst die sehr große **Speicherkapazität des Gehirns** bald erschöpft. Um den "menschlichen Informationsspeicher Gehirn" für die wesentlichen Dinge zu schützen, befähigt uns das Kurzzeitgedächtnis, die aktuellen Sinnesreize zu verarbeiten, auf diese zu reagieren und sobald auf den Sinneseindruck eine hinreichende Reaktion erfolgte, den Eindruck zu vergessen.

Will man eine Information in den menschlichen Speicher – **Langzeitgedächtnis** – befördern, muss das gewissermaßen als Filter wirkende Kurzzeitgedächtnis "überwunden" werden. Dies gelingt nur, wenn die Information, die dem Gehirn zugeführt wird, intensiver ist, als der des üblichen alltäglichen Geschehens. Das einfache Lesen eines juristischen Studienbuches reicht hierfür jedenfalls nicht aus. Ebenso wenig genügt es, sich in eine Vorlesung zu setzen, diese anzuhören oder große Teile des Vortrages mitzuschreiben. Beleg hierfür sind Forschungsergebnisse, nach

denen nur ein geringer Bruchteil des gelesenen oder gehörten Stoffes behalten werden kann. Danach beträgt die Vergesslichkeitsquote zumindest 80 Prozent (KLANER, Richtiges Lernen für Jurastudenten und Rechtsreferendare, S. 120).

2. Aktives Lernen

Ein hinreichender und damit für den Lernenden befriedigender Lernerfolg kann nur dann erzielt werden, wenn **ein aktives Lernen praktiziert wird**.

a) Verschiedene Lernwege nutzen

Aktives Lernen setzt voraus, dass die **verschiedenen Möglichkeiten der Informationsaufnahme** miteinander kombiniert werden. Man unterscheidet drei verschiedene Lernwege:

- das Hören,
- das Sehen,
- das Handeln.

Möglichst jeder dieser drei Lernwege sollte genutzt werden. Spezielle Vorlieben für die eine oder andere Art der Informationsaufnahme sollten dabei nicht außer Acht bleiben, doch fördert die Nutzung auch der anderen Lernwege den Lernerfolg auf jeden Fall. Für den Studenten bedeutet dies, dass er einerseits die Vorlesung nutzt (Hören), andererseits den behandelten Stoff mit Hilfe eines Lehrbuches nach- und am besten auch vorbereitet (Sehen). Diese rezeptiven Lernwege sind mit aktiven Lernmethoden zu kombinieren. Hierzu zählen das Schreiben und das Reden. Eine aktive Verarbeitung des Wissens kann erfolgen, indem man es anderen erklärt oder mit anderen diskutiert (Arbeitsgemeinschaften) oder indem man das erworbene Wissen auf einen Lebenssachverhalt anwendet (durch Lösen eines Falles).

aa) Das konventionelle Lernmedium: Das Lehrbuch

Welche Lehrbuchart hierfür benutzt werden sollte, ist bereits oben beschrieben worden (siehe unter B. II. 4. a.). Die Frage, ob man sich an ein einzelnes Lehrbuch halten oder verschiedene Lehrbücher zu Hilfe nehmen sollte, lässt sich nicht für alle Studenten einheitlich beantworten, sondern richtet sich nach der **persönlichen Vorliebe**. Folgende Tatsachen sollten jedoch berücksichtigt werden: Wenn man sich auf ein Buch beschränkt, ist es von Vorteil, dass man dieses gut kennt und sich dementsprechend gut in dem Werk zurechtfindet. Diese Orientierung kann den Lernerfolg positiv beeinflussen ("Das stand doch links unten." oder "Das habe ich unterstrichen."). Negativ kann sich auswirken, dass die rechtliche Problematik nur aus einem Blickwinkel, gewissermaßen durch die Augen des einen Autors gesehen wird.

Bei der Nutzung mehrerer Bücher kann durch die verschiedenen Arten der Erläuterung und die verschiedenen Formulierungen ein besseres Verständnis erzeugt werden. Das Hin- und Herspringen zwischen verschiedenen Büchern zwingt zum Vergleich, zur eigenen Bewertung usw. und entspricht damit eher dem Grundsatz des aktiven Lernens. Der Anfänger kann aber auch leicht verunsichert werden.

Wichtig erscheint in diesem Zusammenhang noch folgendes: Verlassen Sie sich bei der Auswahl des Lehrbuches/der Lehrbücher nicht allein auf Hinweise oder Empfehlungen anderer. Kaufentscheidend kann nur Ihr persönlicher Eindruck sein. Probieren Sie ein Lehrbuch aus (nicht nur in der Buchhandlung, sondern in der Bibliothek) und stellen Sie so fest, ob der Sprachstil Ihnen zusagt und ob der Verfasser Ihnen die Thematik in einer Weise nahe bringt, die Ihnen das Lernen erleichtert. Auch das Druckbild, die Schriftgröße und die Übersichtlichkeit eines Buches sind für das Lernen von Bedeutung. Positiv ist zu bewerten, wenn ein Lehrbuch Fälle und Lösungen enthält. Schließlich ist die Lösung von Fällen während ihres Studiums ihre Hauptaufgabe.

Eigenständige
Auswahl

Tipp: Vergleichen Sie die in Betracht kommenden Lehrbücher anhand einer wichtigen Rechtsfrage!

Vermeiden Sie den Fehler, nach der ersten Vorlesungsstunde in die Buchhandlung zu rennen, um sich das empfohlene Lehrbuch zu kaufen, auch wenn der Dozent ein bestimmtes Lehrbuch als Grundlage der Vorlesung verwendet!

bb) Private Arbeitsgemeinschaft

Der Lernweg „Handeln“ kann durch Besprechen des Stoffes mit Kommilitonen genutzt werden. Empfehlenswert ist die frühzeitige Bildung privater Arbeitsgemeinschaften, in denen der Vorlesungsstoff aufgearbeitet wird. Ideal erscheint eine Gruppe von drei bis fünf Personen. Die Nutzung dieser dritten Möglichkeit des Lernens bietet einen weiteren Vorteil: Wer nur liest und hört (rezeptives Lernen), wird in der Prüfungssituation und bei der späteren Berufstätigkeit Schwierigkeiten haben, weil ihm die Fähigkeit fehlt, aktiv zu formulieren. Es stellt nämlich einen erheblichen Unterschied dar, juristische Fachtermini zu kennen oder sie in Wort und Schrift anzuwenden. Man spricht in diesem Zusammenhang von aktivem und passivem Wortschatz. Der passive Wortschatz beinhaltet die Worte, deren Bedeutung man kennt, der aktive die, die man verwendet. Für Sie ist es wichtig, Ihren aktiven Wortschatz – insbesondere, aber nicht ausschließlich – im juristischen Bereich zu vergrößern. Die **Erweiterung des aktiven Wortschatzes** und der ständige eigene mündliche Umgang mit dem juristischen Sprachgebrauch werden sich in der mündlichen Prüfung und in der Klausursituation bezahlt machen. Ein flüssiger (und fehlerloser) Schreibstil trotz der Benutzung juristischer Fachtermini in Klausur und Hausarbeit wirkt sich positiv auf die Benotung aus. Gleiches

Arbeitsgemein-
schaften

gilt in der mündlichen Prüfung für die Fähigkeit, ganze Sätze fließend zu sprechen und dabei gleichwohl juristisch präzise zu bleiben.

Arbeitsgemeinschaften sollten über die Nacharbeit des Vorlesungsstoffes hinaus dazu genutzt werden, jedem Teilnehmer die Möglichkeit zu bieten, ein erarbeitetes Rechtsproblem wie in einem Seminarreferat (siehe unter H. V.) kurz vorzutragen. Das **Vortragen und Erklären** rechtlicher Probleme hat den größtmöglichen Lerneffekt. Beim Vortrag und bei den anschließenden Fragen der Kommilitonen zeigt sich besonders deutlich, ob man das Problem selbst verstanden hat.

Außerdem sollte die private Arbeitsgemeinschaft zum gemeinsamen Lösen von Fällen genutzt werden. Während eine Person den gestellten Fall intensiv vorbereitet hat, lösen die anderen Teilnehmer der Arbeitsgemeinschaft diesen nach einer Vorbereitungszeit mündlich. Einen Fundus an zu besprechenden Klausuren jeglichen Schwierigkeitsgrades kann man in Ausbildungszeitschriften finden; der Examenskandidat kann auch auf den „Klausurenpool“ des Großen Klausurenkurses zurückgreifen.

cc) Lernen durch das Lösen von Fällen

Das Lernen am Fall ist unverzichtbarer Bestandteil des Rechtsstudiums, weil das Lösen von Fällen die maßgeblich von Ihnen verlangte Prüfungsleistung ist (siehe unter B. II. 1.). Die Anwendung des Gesetzes auf einen vorgegebenen Sachverhalt ist aktives Lernen, weil der Studierende gezwungen ist, das zuvor abstrakt Gelesene anhand einer **konkreten Lebenssituation** in die Tat umzusetzen. Zugleich wird klar, ob man innerhalb eines bestimmten Rechtsgebietes genügend weiß, um zur richtigen Lösung eines einschlägigen Falles gelangen zu können. Das Lösen von Fällen macht Spaß und ist nichts anderes als die Konfrontation mit dem wirklichen Leben. Gerade dies macht – jedenfalls zu einem erheblichen Teil – den Reiz der Rechtswissenschaft aus, nämlich die normative Betrachtung des Zusammenlebens der Menschen und der dabei auftretenden Konflikte. Der Jurist soll nicht nur die "trockenen" Buchstaben des Gesetzes kennen, sondern im Leben stehen und eine Dienstleistung für die Menschen erbringen.

Technik der Falllösung

Für das Lösen von Fällen ist es erforderlich, dass aus Vorlesungen bekannte Systemwissen in eine bestimmte Struktur einzubetten. Hierzu bedarf es einer bestimmten Technik der Fallbearbeitung. Diese beschäftigt sich mit dem **Finden** und der **Auslegung** der richtigen Rechtsregeln und der sogenannten **Subsumtion** des Lebenssachverhalts unter das Gesetz, sowie mit der späteren schriftlichen Darstellung der gefundenen Lösung im sogenannten **Gutachtenstil** (siehe unter E. II. 1.).

Methoden und Techniken der Falllösung kann man sich unter anderem auch anhand der **juristischen Ausbildungszeitschriften** aneignen. Diese enthalten regelmäßig Fälle unterschiedlicher Schwierigkeitsgrade

und ihre ausführliche Lösung. Bereits an dieser Stelle sind insoweit zwei Hinweise angebracht: Wer nur den Fall und anschließend die Lösung durchliest, wird so gut wie nichts gelernt haben. Vielmehr löse man den Fall selbst und überprüfe erst anschließend anhand der dargestellten Musterlösung, an welchen Stellen man noch Schwierigkeiten hat. Und zweitens: Man kann das Studium auch nicht auf das Lösen von (Hundertern von) Fällen beschränken. In einer Prüfungssituation wird stets ein neuer, bisher noch unbekannter Fall gestellt. Hat man die Techniken der Falllösung verstanden und Sicherheit in ihrer Anwendung, sollte das systematische – allerdings stets durch das Lösen von Fällen begleitete – Lernen anhand von zusammenhängenden Darstellungen im Vordergrund stehen. Letztlich verschafft nur ein Lehrbuch die Sicherheit, dass man die wichtigsten Regeln und Probleme eines Rechtsgebietes beherrscht und damit auch vor neuen Fällen und Problemen nicht kapitulieren muss.

b) Nachhaltiges Lernen

Neben der Nutzung verschiedener Lernwege setzt aktives Lernen voraus, dass man die zur Verfügung gestellten Informationen nicht nur einfach aufnimmt. Vielmehr gilt es bereits bei der Informationsaufnahme, die Information zu gliedern, zu strukturieren, einzuordnen und nach ihrer Bedeutung zu werten. Um einen dauerhaften Lernerfolg zu erfahren, muss das Erlernte regelmäßig wiederholt werden.

aa) Eigenständiges Lernen

Lässt man einen Text nur an sich „vorbeirauschen“, nutzt es auch wenig, wenn die Informationsflut einmal in der Vorlesung am Ohr und in der Nachbereitung am Auge vorbeigeht. Für einen nachhaltigen Lernerfolg reicht es auch nicht aus, die Gliederung von anderen Personen (etwa aus einem Lehrbuch) zu übernehmen. Dasselbe gilt für die Bewertung der Wichtigkeit von Informationen, die von dem Verfasser des Lehrbuches möglicherweise durch optische Mittel zum Ausdruck gebracht wird (z.B. Fett- oder Kursivdruck). Diese Hilfen können jeweils nur Ausgangspunkt sein, um **eigene Bewertungen** vorzunehmen und **eigene Strukturen** zu entwickeln. Fremde Strukturen sollten nur übernommen werden, wenn sie selbst durchdacht worden sind und für überzeugend und hilfreich gehalten werden.

Kritisch hinterfragen

Um diese für ein aktives Lernen notwendigen Maßnahmen durchzuführen, reicht es nicht aus, die Textstellen einmal zu lesen. Das erste Lesen sollte sich darauf beschränken, **Grobstrukturen** zu erkennen. Hierbei kann auch ein Blick in das Inhaltsverzeichnis des Lehrbuches durchaus hilfreich sein.

Erst später sollte man sich mehr auf die Detailinformationen konzentrieren. Bei diesem Lernschritt ist es wichtig, die Information in eine eigene Sprache zu übersetzen.

„Wichtig ist dabei, sich vom Wortlaut der Bücher zu lösen. Formulierungen kann man sich nicht merken (von seltenen Ausnahmen abgesehen). Oft enthalten die Bücher abgewogene, umfassende und um Vollständigkeit bemühte Begriffserklärungen. Sie lesen sich glatt. Aber man merkt sie sich nicht. Es ist unerlässlich, sie in eine eigene Sprache zu übersetzen. Dabei sollte man sich um Einfachheit und Anschaulichkeit bemühen. Eine gute Übung ist es, sich einen lebenspraktischen Laien vorzustellen, dem man das Gelesene erklärt.“ (HAFT, Einführung in das juristische Lernen, 6. Aufl. 1997, S. 21 f.)

bb) Strukturelles Lernen

Verständnis durch Strukturen

Strukturen erleichtern das Lernen. Wer strukturelle Zusammenhänge erkennt, erlebt einen „Aha-Effekt“ und hat das Gefühl, ein Gebiet tatsächlich zu verstehen. So ermöglichen Strukturen, dass man den Bereich des „Auswendiglernens“ verlässt und zum Verstehen der Materie vordringt. Verstandene Strukturen und nicht bloß gepaukte Einzelheiten haften wesentlich leichter im Gedächtnis. Deshalb muss Ihr Lernen darauf gerichtet sein, Strukturen herzustellen, die das Verständnis fördern. Dies gilt grundsätzlich für alle Bereiche des juristischen Studiums, auch wenn sich dies nicht überall ohne Probleme verwirklichen lässt.

Ausgangsfall

Zur Verdeutlichung folgender **Ausgangsfall**:

Herr Blaumann hat in erheblich alkoholisiertem Zustand mit seinem Kraftfahrzeug einen Verkehrsunfall verursacht, bei dem die Radfahlerin Frau Radel schwer verletzt wurde. Herr Blaumann meint, Frau Radel sei plötzlich und unerwartet auf der Fahrbahn aufgetaucht.

Frau Radel wendet sich an einen Rechtsanwalt, damit dieser ihre Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld geltend macht.

In diesem Fall sind diverse deliktische Anspruchsgrundlagen zu erörtern, die dem Ziel der Frau Radel dienen können. In Betracht kommen §§ 7, 18 StVG und § 823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB (Vorschriften immer nachlesen: Wie Sie sie finden, erfahren Sie unter C.).

§ 823 BGB (Schadensersatzpflicht)

(1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein.

§ 7 StVG (Haftung des Halters, Schwarzfahrt)

(1) Wird bei dem Betrieb eines Kraftfahrzeugs oder eines Anhängers, der dazu bestimmt ist, von einem Kraftfahrzeug mitgeführt zu werden, ein Mensch getötet, der Körper oder die Gesundheit eines Menschen verletzt oder eine Sache beschädigt, so ist der Halter verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

(2) Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Unfall durch höhere Gewalt verursacht wird.

(3) Benutzt jemand das Fahrzeug ohne Wissen und Willen des Fahrzeughalters, so ist er anstelle des Halters zum Ersatz des Schadens verpflichtet; daneben bleibt der Halter zum Ersatz des Schadens verpflichtet, wenn die Benutzung des Fahrzeugs durch sein Verschulden ermöglicht worden ist. Satz 1 findet keine Anwendung, wenn der Benutzer vom Fahrzeughalter für den Betrieb des Kraftfahrzeugs angestellt ist oder wenn ihm das Fahrzeug vom Halter überlassen worden ist. Die Sätze 1 und 2 sind auf die Benutzung eines Anhängers entsprechend anzuwenden.

§ 18 StVG (Ersatzpflicht des Fahrzeugführers)

(1) In den Fällen des § 7 Abs. 1 ist auch der Führer des Kraftfahrzeugs oder des Anhängers zum Ersatz des Schadens nach den Vorschriften der §§ 8 bis 15 verpflichtet. Die Ersatzpflicht ist ausgeschlossen, wenn der Schaden nicht durch ein Verschulden des Führers verursacht ist.

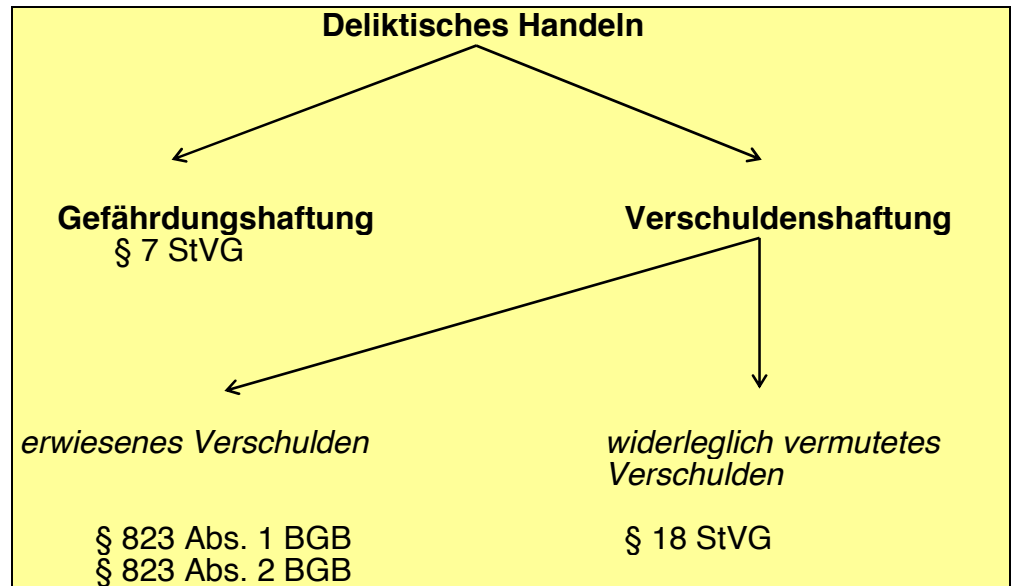
(2) Die Vorschrift des § 16 findet entsprechende Anwendung.

(3) Ist in den Fällen des § 17 auch der Führer eines Kraftfahrzeugs oder Anhängers zum Ersatz des Schadens verpflichtet, so sind auf diese Verpflichtung in seinem Verhältnis zu den Haltern und Führern der anderen beteiligten Kraftfahrzeuge, zu den Haltern und Führern der anderen beteiligten Anhänger, zu dem Tierhalter oder Eisenbahnunternehmer die Vorschriften des § 17 entsprechend anzuwenden.

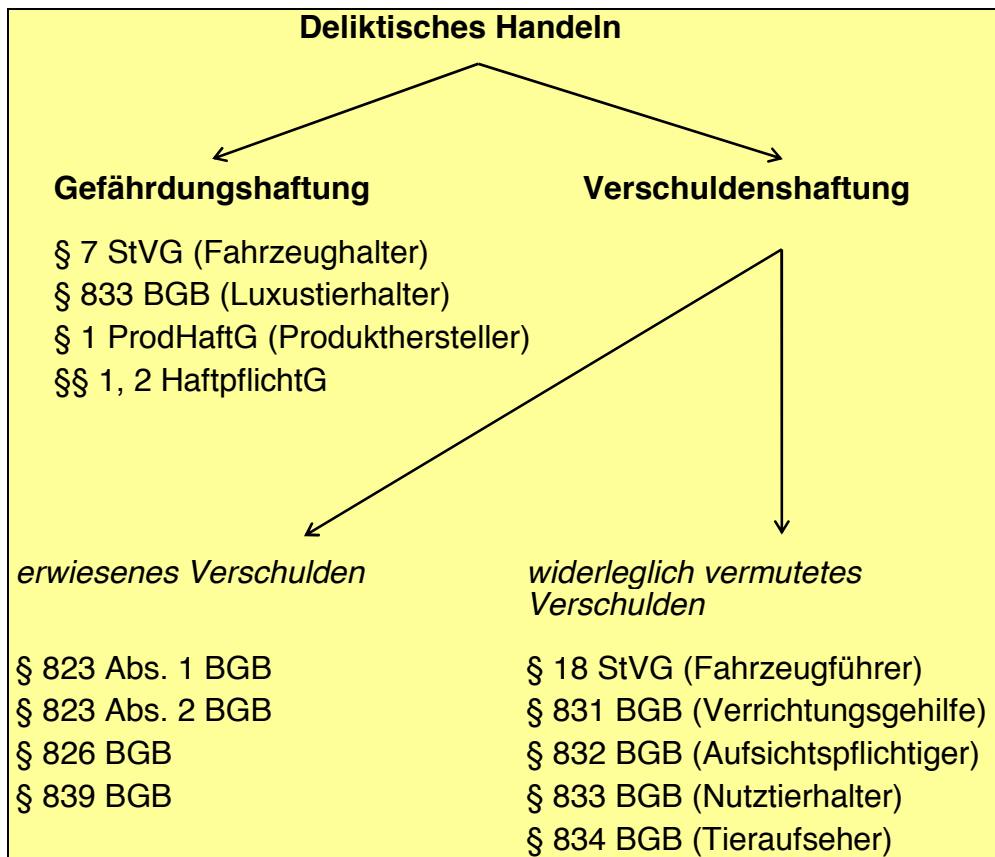
Dabei besteht die Gefahr, dass man einige der Anspruchsgrundlagen übersieht. Unterläuft ein solcher Fehler, ist dies für die Bewertung der Bearbeitung schlimm. Erkennt der Verfasser eine Anspruchsgrundlage nicht, hat er von vornherein keine Chance, zu den Problemen dieser Norm zu gelangen. Dies legt es nahe, sich die **deliktischen Anspruchsgrundlagen im Zusammenhang** zu merken. Die unterschiedlichen Voraussetzungen, die die verschiedenen Anspruchsgrundlagen hinsichtlich des Verschuldens des Schädigers aufweisen, sollen dabei die Struktur darstellen, nach der die Anspruchsgrundlagen geordnet werden.

§ 7 Abs. 1 StVG begründet eine Gefährdungshaftung des Fahrzeughalters. Die Gefährdungshaftung kennzeichnet sich dadurch, dass der Schädiger nicht schuldhaft gehandelt haben muss, um schadensersatzpflichtig zu sein. § 18 StVG hingegen setzt ein Verschulden des Fahrzeugführers voraus, begründet jedoch eine widerlegliche Vermutung, dass der Fahrer schuldhaft gehandelt hat. Dies ergibt sich aus § 18 Satz 2 StVG, der dem Fahrer die Möglichkeit eröffnet, zu beweisen, dass er nicht

schuldhaft gehandelt hat. § 823 Abs. 1 und § 823 Abs. 2 BGB hingegen setzen ein Verschulden des Schädigers voraus. Diese Voraussetzung ist vom Geschädigten zu beweisen. Daraus ergibt sich folgende Struktur:



Dieses Schema gibt schon jetzt wichtige deliktische Anspruchsgrundlagen wieder und macht zudem deutlich, welche Voraussetzungen hinsichtlich des Verschuldens zu erörtern sind. In diese Struktur lassen sich dann ohne Probleme weitere deliktische Vorschriften einordnen. Der besonders klausur- und examensrelevante § 831 BGB gehört in die Kategorie des widerleglich vermuteten Verschuldens (vgl. § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB). Gleiches gilt für § 833, soweit es um die Haftung des Nutztierhalters geht. Für den Luxustierhalter begründet § 833 BGB hingegen eine Gefährdungshaftung. § 826 BGB wiederum sieht eine Haftung für vorsätzliches, sittenwidriges Verhalten vor und setzt Verschulden voraus, das nachzuweisen ist. Die Grundstruktur lässt sich also ohne weiteres ergänzen. Fügt man die wichtigsten deliktischen Anspruchsgrundlagen in das Schema ein, sieht es folgendermaßen aus:



Haben Sie dieses Schema erarbeitet und verinnerlicht, ist das Risiko deutlich verringert, in der Klausur eine deliktische Anspruchsgrundlage zu übersehen. Zudem wird Ihnen die Frage nach den Unterschieden zwischen den einzelnen Haftungstatbeständen weniger Schwierigkeiten bereiten. Nochmals sei aber darauf hingewiesen, dass sich der größte Lernerfolg einstellt, wenn man solche Strukturen selbst erarbeitet.

cc) Wiederholungen

Hat man die Informationen einmal systematisch strukturiert und in die eigene Sprache übersetzt aufgenommen, sind die Voraussetzungen für einen nachhaltigen Lernerfolg gelegt. Wer sich einmal intensiv mit einem juristischen Problem auseinandergesetzt hat (etwa im Rahmen einer Hausarbeit), wird dennoch nach wenigen Wochen enttäuscht feststellen, dass das Vergessen selbst in den Bereichen recht bald einsetzt, die man vollständig erfasst, selbst formuliert und durch eigene Argumentation einem Ergebnis zugeführt hat. *Dem Vergessen kann nur dadurch vorgebeugt werden, dass man den erlernten Stoff **permanent wiederholt**.* Die Häufigkeit der Wiederholung kann dabei abnehmen. Während Neuerlerntes zunächst täglich wiederholt werden muss, reicht es später aus, sich mit dem Stoff im Abstand von mehreren Wochen zu befassen.

Ständiges
Wiederholen

In diesem Zusammenhang sei *die eigene Anfertigung* von **Karteikarten** empfohlen. Zum einen wird durch die Anfertigung von Karteikarten (wegen des Platzmangels) die Auswahl wichtiger Information geschult. Darüber hinaus verstärkt das Schreiben der Karteikarte den Lerneffekt. Schließlich

ist mit Hilfe der Karteikarten ein einfaches und wenig zeitintensives Wiederholen möglich. Wie wenig sinnvoll es ist, mit fremden (gekauften) Karteikarten zu lernen, dürfte angesichts der vorstehenden Ausführungen offensichtlich sein.

Die Darstellungen über aktives Lernen entsprechen sicherlich Ihren eigenen Erfahrungen. Viele werden die dargestellte Art und Weise zu lernen, für wenig praktikabel halten. Die zur Verfügung stehende Zeit scheint ein permanentes Wiederholen nicht zuzulassen. Der Stoff, der während eines Semesters in den verschiedenen Vorlesungen dargestellt wird, wird für Sie in der Regel völlig neu sein und darüber hinaus die unterschiedlichsten Rechtsgebiete betreffen, so dass eine ausführliche Auseinandersetzung mit dem Stoff nicht möglich erscheint. Dies sind nicht zu vernachlässigende Einwände. Ist das aktive Lernen also nur eine Idealvorstellung, der allenfalls ein Idealstudent entsprechen kann? Die Antwort lautet „Nein“. Ein Idealzustand wäre es in der Tat, wenn alle Vorlesungen durch aktives Lernen begleitet würden. Für die **wichtigsten Vorlesungen eines jeden Semesters** muss jedoch der Grundsatz des aktiven Lernens gelten. Dies kostet zwar mehr Zeit, jedoch ist der Zeitaufwand noch erheblich größer, wenn Stoff des Grundstudiums im Rahmen der Schwerpunktbereichsprüfung erneut und zum Staatsexamen ein drittes Mal gelernt werden muss. Aus diesem Blickwinkel ist das aktive Lernen, das einen nachhaltigen Lernerfolg ermöglicht, nicht nur sinnvoll, sondern auch zeitsparend.

3. Normalfälle / Problemfälle

Beim juristischen Lernen darf eines nicht aus den Augen verloren werden: der Normalfall, den der Gesetzgeber zur Abfassung der Vorschrift motiviert hat. Die Gefahr, den Normalfall zu vernachlässigen, besteht durchaus, denn die Vorlesungen und Lehrbücher sowie die Kommentare werden von Problemfällen beherrscht. Sie dürfen den **Normalfall des Gesetzes** deswegen jedoch nicht gering schätzen, weil er in der Praxis die Regel darstellt. Man hält sich nur nicht länger mit ihm auf, sondern geht bald zu dem Problem des Falles über. Beherrscht man die Normalfälle jedoch nicht, besteht die Gefahr, dass vor Begeisterung einen Problemfall erkannt zu haben, die scheinbar unproblematischen Tatbestandsmerkmale (Normalfall) falsch erörtert werden. Man hat dann gleich zwei Fehler gemacht, zwei Anfängerfehler gar: erstens, den einfachen Regelungsgehalt einer Norm nicht zutreffend erfasst und zweitens, etwas Irrelevantes ausführlich dargestellt.

Dies zeigt, dass der Normalfall des Gesetzes sehr wohl eine große Bedeutung hat. Diesen Normalfall einer Norm sollte man sich stets anhand eines konkreten Beispiels verdeutlichen und merken, denn ein Sachverhalt prägt sich plastischer und leichter ein als eine abstrakte Formulierung. Darüber hinaus ist zu beachten, dass die Bedeutung und die Charakterisierung des Problemfalls sich immer erst aus einer Abwei-

chung vom Normalfall ergeben. **Daraus ergibt sich, dass Sie sich immer erst den Normalfall vergegenwärtigen müssen, bevor Sie mit dem Studium des Problemfalls beginnen.** Erscheint ein Sachverhalt nicht ohne weiteres unter ein Tatbestandsmerkmal subsumierbar, ist die Methodenlehre gefragt, bei der immer genau zu benennen ist, in welcher Weise der Problemfall vom Normalfall abweicht. Nicht zuletzt die Art und Stärke der Abweichung bestimmt, ob die Norm dennoch anwendbar ist.

4. Nicht das Gesetz lernen – aber nie ohne das Gesetz lernen

Den **Gesetzestext** muss man – entgegen einer weit verbreiteten Auffassung in den Anfangssemestern – nicht auswendig kennen. Sie haben immer die Möglichkeit, ihn zu Rate zu ziehen. Insofern wäre es sinnlos, Definitionen zu lernen, die bereits im Gesetz zu finden sind. Bedenken Sie immer, dass das Gesetz in einer Klausur Ihr einziges Arbeits- und Hilfsmittel ist, und häufig auch später, z.B. bei einer telefonischen Beratung eines Auftraggebers. Die vernünftige und sorgfältige Arbeit mit dem Gesetzestext ist die einzige (erlaubte) Möglichkeit, das Gedächtnis zu entlasten.

Das Gesetz nutzen

Dies bedeutet jedoch nicht, das Gesetz von den Lernstrukturen auszunehmen. Im Gegenteil muss der Gesetzestext Hilfsmittel jeglichen Lernens sein. Die stete Begleitung der oben genannten Lehrmittel durch das parallele Lesen der jeweiligen Gesetzesnorm ist unabdingbar. Nur so bietet sich Ihnen die Möglichkeit, die **Systematik des Gesetzes** nachzuvollziehen. Auch Meinungsstreitigkeiten lassen sich besser behalten, wenn man das Tatbestandsmerkmal, um dessen Auslegung gestritten wird, selbst im Normkontext gelesen hat. Bereits für das Auffinden der Normen im Gesetz gilt, dass ein Überblick über den Gesetzestext den Zugriff auf die einschlägigen Normen und damit die Arbeit erleichtert (siehe unter C.) Nach einer Weile werden Sie – hoffentlich – wie schon Generationen vor Ihnen feststellen:

"Ein Blick ins Gesetz erspart viel Geschwätz und erleichtert die Rechtsfindung".

5. "Mut zur Lücke"

Wenn Sie diese Ratschläge beherzigen, haben Sie jedoch noch nicht alle Unwägbarkeiten des juristischen Studiums umschifft. Das Hauptproblem der stets zunehmenden Stofffülle wird auch durch die vorgegebene Begrenzung des Prüfungsstoffes nicht gelöst, sondern nur vermindert. Diese Tatsache erfordert es, zwischen **wichtigen und unwichtigen Informationen** zu differenzieren. Sie dürfen Ihren Informationsspeicher nicht mit überflüssigen Dingen belasten. Was überflüssige Detailinformationen sind, ist freilich schwer erkennbar. Ohnehin muss man in einigen Bereichen etwas mehr ins Detail gehen, um einen Eindruck davon zu erhalten, unter wie vielen rechtlichen Aspekten man bestimmte Lebenssituationen betrachten kann. Dabei erkennt man notgedrungen, dass man

Mut zur Lücke

diese Details nicht sämtlich auswendig lernen kann und insofern den berühmten Mut zur Lücke besitzen muss.

„Handwerkszeug“

Die zunehmende Stofffülle ist auch den Prüfern bewusst. Beschränken Sie sich deswegen in den Nebengebieten tatsächlich auf die Grundzüge. Ein Mehr an Wissen in diesen Bereichen ist ein erfreulicher Luxus, aber nicht notwendig. Konzentrieren Sie sich auf die Pflichtfächer. Hier nimmt man Ihnen Unwissenheit wirklich übel. Aber auch in den Pflichtfächern kann man nicht alle juristischen Problemfälle – geschweige denn die ausgetauschten Argumente – lernen. Der Stoff ist nur mit **juristischer Methode** zu bewältigen. Die juristische Methode müssen Sie beherrschen und mit Selbstvertrauen anwenden. Nur dann ist der „Mut zur Lücke“ gerechtfertigt.

Dies darf jedoch nicht zu dem Missverständnis führen, dass Sie sich ausschließlich auf die juristische Methodenlehre verlassen und das sonstige Studium vernachlässigen. Es gibt zahlreiche juristische Problemfälle, deren Kenntnis in der Prüfungssituation verlangt wird. Zudem gibt es, insbesondere im Strafrecht, Probleme, deren Erkennen mit juristischer Methode schlechthin unmöglich ist. So ist es nur schwer zu verstehen, dass die polizeiliche Blutprobe, die einem Autofahrer entnommen wurde, eine Urkunde im Sinne des § 267 StGB sein soll. Gänzlich unmöglich ist es, im Rahmen einer Klausur allein auf diesen Gedanken zu kommen.

Zum Schluss und zum Trost: Es ist gleichsam die Hauptaufgabe und das Ideal des Juristen, Unwichtiges von Wichtigem unterscheiden zu können. Man erlernt dies nicht in einem halben Jahr. Sie werden während Ihres Studiums erst nach und nach erkennen, was Detailinformation und in diesem Sinne "überflüssig" ist und was nicht. Und für diesen Erkenntnisfortschritt lohnen sich auch die Mühen und die Energie, die Sie in das Studium investieren.

C. Das Auffinden der anwendbaren Rechtsnormen

I. Einleitung und Ausgangsfall

Juristen werden unter anderem dann benötigt, wenn ein bestimmter Lebenssachverhalt sich für den oder die Beteiligten zu einem Rechtsproblem entwickelt hat.

Einfacher
Lebenssachverhalt
komplexe
Rechtsbeziehung

Beispiel:

In dem obigen Ausgangsfall (S. 20 f.) wendet sich Frau Radel nicht nur an ihren Rechtsanwalt, damit dieser ihre Ansprüche auf Schadensersatz und Schmerzensgeld geltend macht. Sie erstattet darüber hinaus Strafanzeige gegen Herrn Blaumann. Staatsanwalt Dr. Derrick muss nun die Ermittlungen aufnehmen und nach deren Abschluss erwägen, ob Anklage gegen Herrn Blaumann erhoben wird. Zugleich prüft die Straßenverkehrsbehörde, ob Herrn Blaumann die Fahrerlaubnis entzogen werden muss. Der Sachbearbeiter der Versicherung, bei der das Fahrzeug von Herrn Blaumann haftpflichtversichert ist, prüft, ob die Ansprüche von Frau Radel dem Grunde und der Höhe nach berechtigt sind und ob ihr nicht möglicherweise ein Mitverschulden zur Last fällt. Herr Blaumann seinerseits beauftragt einen Rechtsanwalt mit der Wahrnehmung seiner Interessen.

Das Beispiel zeigt, dass schon ein alltäglicher Sachverhalt eine große Zahl von Juristen in unterschiedlichen Positionen und mit unterschiedlichen Aufgaben zu beschäftigen vermag. In allen Fällen aber liegt das letzte Wort in der Hand des Richters: Der **Strafrichter** entscheidet darüber, ob Herr Blaumann wegen fahrlässiger Körperverletzung (§ 229 StGB), Trunkenheit am Steuer (§ 316 StGB) etc. verurteilt wird oder nicht; der **Zivilrichter** entscheidet, ob und ggf. in welcher Höhe Frau Radel Schadensersatz und Schmerzensgeld verlangen kann; der **Verwaltungsrichter** letztlich hat zu befinden, ob Herrn Blaumann die Fahrerlaubnis von der Straßenverkehrsbehörde zu Recht entzogen worden ist.

Rolle der Richter

Während des Studiums lernt der Student der Rechtswissenschaft vor allem, diese **Rolle des Richters** wahrzunehmen. Dabei wird in aller Regel ein feststehender Sachverhalt präsentiert, bei dem (nur noch) über die Rechtsfragen zu entscheiden ist. Ein wesentliches Problem der Praxis – nämlich die vollständige und zutreffende Ermittlung des Sachverhalts unter Einhaltung der jeweiligen Prozessordnungen aus den unterschiedlichen Behauptungen der Parteien, den Zeugenaussagen usw. – stellt sich für den Studenten zunächst nicht. Im Übrigen hat die Rolle des Richters zwei weitere Vorteile für das juristische Studium:

Anforderungen an
die Studierenden

- Erstens wird auf diese Weise die **Eingrenzung der Fragestellung** erreicht. Kommt Ihnen etwa im obigen Beispiel die Rolle des Zivilrichters zu, brauchen Sie sich über mögliche strafrechtliche Konsequenzen des Verhaltens des Herrn Blaumann – anders als beispielsweise sein Rechtsanwalt – keine Gedanken zu machen. Doch kann es

auch zu Wechselbeziehungen zwischen zivilrechtlicher Haftung und der Verletzung eines Straftatbestandes geben. Diese können zum einen in einem zivilrechtlichen Verfahren auftreten, wie § 823 Abs. 2 BGB zeigt. Denn ein Schutzgesetz in diesem Sinne kann auch ein Straftatbestand sein. Zum anderen können solche Wechselbeziehungen aber auch im Strafprozess auftreten. Im sog. Adhäsionsverfahren nach §§ 403 ff. StPO kann der Verletzte oder sein Erbe nämlich auch zivilrechtliche Ersatzansprüche geltend machen.

- Zweitens verpflichtet Sie die Rolle des Richters, den Fall innerhalb der Fragestellung unter **allen rechtlichen Gesichtspunkten** zu erörtern. So kommt etwa in dem Beispielfall ein Anspruch der Frau Radel auf Schadensersatz gegen Herrn Blaumann nicht nur deshalb in Betracht, weil dieser ihr fahrlässig eine Körperverletzung zugefügt hat (§ 823 Abs. 1 BGB), sondern auch, weil Herr Blaumann Halter und Fahrer des unfallverursachenden Kraftfahrzeuges war (§§ 7 und 18 StVG).

Aber selbst unter dieser klar eingegrenzten Rolle des Richters, dem bereits ein vollständiger (entscheidungsreifer) Sachverhalt vorliegt, verlangt das Studium der Rechtswissenschaft eine Vielzahl von juristischen Fertigkeiten. Der Vermittlung der methodischen Grundregeln – beschränkt auf das Zivilrecht – dienen dieser Abschnitt und die folgenden.

II. Das richtige Gesetz

Maßgebliche Aufgabe des Studenten ist es, einen feststehenden Sachverhalt unter juristischen Gesichtspunkten einer Lösung zuzuführen. Diese Aufgabe ist in unterschiedlichen Formen zu bewältigen. (siehe unter B. II. 1.)

Falllösung muss vom Gesetz ausgehen!

Die Lösung der gestellten Fälle erfolgt stets zuvörderst mit Hilfe des Gesetzes. Anders als im anglo-amerikanischen Rechtskreis (sog. case-law) ist das deutsche Recht durch den Kodifikationsgedanken geprägt, so dass in der Regel zur Lösung eines Rechtsfalles eine Vielzahl gesetzlicher Bestimmungen beachtet werden muss. Die Bearbeitung eines jeden Sachverhalts muss daher **vom Gesetz ausgehen**. Die Schwierigkeit besteht nun darin, das richtige Gesetz und innerhalb dieses Gesetzes die einschlägigen Normen zu **finden**, die es schließlich – und das ist das wichtigste – noch richtig **anzuwenden** gilt.

Auffinden der Rechtsnormen

Das Auffinden des richtigen Gesetzes bzw. der richtigen Gesetze stellt schon deswegen eine Schwierigkeit dar, weil ihre Zahl kaum noch überschaubar ist. Augenscheinlicher Beleg hierfür ist der Umfang der üblicherweise verwendeten Gesetzessammlungen. Für das Zivil- und Strafrecht, einschließlich des Verfahrensrechts ist dies:

Schönfelder, Deutsche Gesetze, Sammlung des Zivil- Straf- und Verfahrensrechts.

Diese Gesetzessammlung enthält die Gesetze, die für den Studenten in den genannten Rechtsgebieten erforderlich sind. Die verschiedenen Gesetze sind dabei mit Ordnungsziffern nummeriert. Alternativ kann auf die Gesetzessammlung von Nomos zurückgegriffen werden.

Die Normen, die für die Bearbeitung *strafrechtlicher Arbeiten* erforderlich sind, finden sich im Strafgesetzbuch (StGB, Ordnungsziffer 85). Obwohl neben dem Strafgesetzbuch eine Vielzahl von weiteren Gesetzen Strafvorschriften enthalten (Beispiel: § 21 StVG, Fahren ohne Fahrerlaubnis), reicht für die Bearbeitung strafrechtlicher Arbeiten in aller Regel das Strafgesetzbuch aus. Andere Gesetze sind nur in wenigen Ausnahmefällen heranzuziehen.

Strafrecht

Anders jedoch im Zivilrecht. Das wichtigste zivilrechtliche Gesetz ist das Bürgerliche Gesetzbuch (BGB, Ordnungsziffer 20). Bereits der Ausgangsfall hat jedoch gezeigt, daß die vollständige Lösung eines alltäglichen Falles die Kenntnis von Vorschriften außerhalb des BGB erfordert. Angesichts der Vielzahl der vorhandenen Gesetze darf man das Auffinden der weiteren Gesetze nicht dem Zufall (Durchblättern des Schönfelder) überlassen. Man gelangt sicherer und schneller zum Ziel, wenn man die alphabetische *Schönfelder Schnellübersicht oder das Sachverzeichnis* zu Rate zieht.

Zivilrecht

Im Hinblick auf die knappe Zeit und den notwendigen, sicheren Umgang mit Nebenvorschriften bleibt den Studenten letztlich jedoch nur die Möglichkeit, zu lernen, dass der Gesetzgeber für bestimmte Bereiche des Lebens **Sonderkodifikationen** vorgenommen hat. So wird der Student sich merken müssen, dass das Straßenverkehrsgesetz (StVG, Ordnungsziffer 35) und die Straßenverkehrsordnung (StVO, Ordnungsziffer 35a) zu Rate zu ziehen sind, wann immer ein Kraftfahrzeug in einem Sachverhalt Bedeutung erlangt. Sollte in diesem Zusammenhang ein Anspruch gegen den Haftpflichtversicherer zu prüfen sein, ist auch an das Pflichtversicherungsgesetz zu denken (PflVG, Ordnungsnummer 63). Der Student muss - wenn gewisse „*Signalwörter*“ (hier: Kraftfahrzeug) auftauchen - an die Anwendbarkeit von Sondergesetzen denken.

Sondernomen

Erscheint ein Kaufmann im Sachverhalt, gilt es, das Handelsgesetzbuch (HGB, Ordnungsziffer 50) als anwendbares Gesetz in Betracht zu ziehen. Handelt ein Notar, kann das Beurkundungsgesetz (BeurkG, Ordnungsnummer 23) zur Lösung des Falles notwendig sein. Geht es um Rechte an einem Grundstück, so ist an die Besonderheiten der Grundbuchordnung (GBO, Ordnungsnummer 114) zu denken. Bei der Prüfung sachenrechtlicher Fragestellungen ist immer wieder auf Normen der Insolvenzordnung (InsO, Ordnungsnummer 110) und des Zwangsversteigerungsgesetzes (ZVG, Ordnungsnummer 108) zurück zu greifen. Darüber hinaus ist in zivilrechtlichen Klausuren häufig das Produkthaftungsgesetz (ProdHaftG, Ordnungsnummer 27) anzuwenden.

Öffentliches Recht

Noch umfangreicher als im Bereich des Zivilrechts ist die Gesetzgebung im öffentlichen Recht. Soweit es um Bundesgesetze geht, finden sich die Gesetze in:

Sartorius Bd.I., Verfassungs- und Verwaltungsgesetze der Bundesrepublik Deutschland.

Bundesrecht

Für das Auffinden der richtigen Gesetze gilt hier im Grundsatz das Gleiche wie im Zivilrecht. Jedoch wird dem Studenten im Bereich des öffentlichen Rechts häufiger ein Gesetz oder eine Rechtsverordnung unbekannt sein, so dass man stets die Schnellübersicht und das Sachverzeichnis zu Rate ziehen sollte. Das Auffinden des richtigen Gesetzes wird im öffentlichen Recht noch dadurch erschwert, dass sich neben bundesrechtlichen Vorschriften teilweise Parallelvorschriften der einzelnen Bundesländer finden.

Landesrecht

Diese Landesgesetze sind in separaten Gesetzessammlungen abgedruckt. Die öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Landes Nordrhein-Westfalen sind zusammengestellt in:

v. Hippel/Rehborn, Gesetze des Landes Nordrhein-Westfalen.

Vergleichbare Sammlungen landesrechtlicher Gesetze gibt es für jedes Bundesland. Die Schnellübersicht des v. Hippel/Rehborn hat den Vorteil, dass sich in ihr auch die im Sartorius enthaltenen Bundesgesetze wieder finden. Sucht man die einschlägigen Gesetze dort, erkennt man sogleich, ob es Parallelregelungen auf Bundesebene gibt.

Der Student bedarf in den **Anfangssemestern** der aufgezählten großen Gesetzessammlungen regelmäßig nicht, da im Grundstudium der Schwerpunkt auf den zentralen Vorschriften des BGB, StGB bzw. GG liegt. Ausreichend sind daher **Einzelgesetzesausgaben** (BGB, StGB, GG), die in jeder Buchhandlung erhältlich sind (empfehlenswert ist die auf studentische Belange ausgerichtete **Sammlung von Nomos**).

Empfehlung

Soweit die Bearbeitung eines Sachverhaltes die Anwendung anderer Vorschriften erforderlich macht, werden diese mit dem Aufgabentext abgedruckt sein. Dennoch ist es ratsam, sich rechtzeitig *auf die großen Gesamtsammlungen umzustellen*. Ein sicherer Umgang mit den Gesetzessammlungen bedeutet in der Schwerpunktbereichsprüfung und im Examen einen Zeitvorteil; und Zeit ist das, was Studenten in der Prüfungssituation zumeist fehlt.

Die teilweise inflationäre Tätigkeit des Gesetzgebers führt nicht nur dazu, dass eine große Vielzahl von gesetzlichen Bestimmungen besteht, in denen man sich zurechtfinden muss, sondern auch dazu, dass man mit seiner Einzelgesetzesausgabe oder auch mit seiner Gesetzessammlung (die Ergänzungslieferungen erscheinen nur etwa alle sechs Monate) nicht immer die aktuelle Gesetzesfassung vorliegen hat.

Es gilt jedoch stets, die geltende und nicht etwa veraltete Vorschriften anzuwenden. Sollten anwendbare Gesetzesänderungen in den Vorschriftenensammlungen noch nicht eingearbeitet sein, wird der Aufgabensteller hierauf bei Klausuren jedoch Rücksicht nehmen. Ist bei einer häuslichen Arbeit eine geänderte Vorschrift anzuwenden, kann man jedoch nicht immer die Nachlieferung der Gesetzessammlung abwarten. In diesem Fall ist es erforderlich, die amtlichen Verkündungsblätter zu Rate zu ziehen. Diese beinhalten die nach den Vorschriften der Bundes- und Landesverfassung zustande gekommenen Gesetze und Rechtsverordnungen. Als wichtigste Quelle ist an dieser Stelle das **Bundesgesetzblatt** (BGBl.) zu nennen, in dessen erstem Teil die Bundesgesetze verkündet werden (vgl. Art. 82 Abs. 1 S. 1 GG). Der zweite Teil des Bundesgesetzblattes, der unter anderem die Publikationen zwischenstaatlicher Vereinbarungen enthält, ist ebenso wie der dritte Teil, in dem das als (fort)geltend festgestellte Bundesrecht nach Sachgebieten veröffentlicht wird, für den Studenten nicht von Bedeutung.

Gesetzesblätter

Die Verkündung von Landesgesetzen erfolgt in **Gesetz- und Verordnungsblättern der Länder**. In Nordrhein-Westfalen ist dies das Gesetz- und Verordnungsblatt für das Land Nordrhein-Westfalen (GV NW oder GVBI NW, vgl. Art. 71 Abs. 1 LVerf NW).

III. Die einschlägigen Rechtsnormen

Hat man das richtige Gesetz gefunden, sind die einschlägigen Normen aufzufinden. Die gefundenen Normen haben oftmals unterschiedliche Funktionen, so dass man sich über ihre jeweilige Bedeutung für die Falllösung im Klaren sein muss.

1. Das Auffinden der Normen im Gesetz

Das Auffinden der einschlägigen Normen gelingt nicht durch zielloses Blättern im Gesetzestext, auch wenn ein solches Verhalten noch im Staatsexamen bei Prüflingen zu beobachten ist, sondern durch eine systematische Suche. Bei der Suche nach den erforderlichen Gesetzesbestimmungen ist zu beachten, dass der Aufgabensteller häufig eine Eingrenzung der Fragestellung vornimmt, indem er eine **Fallfrage** formuliert. In diesem Fall sind nur die Ansprüche zu prüfen, die durch die Fallfrage angezeigt sind.

Suche nach der einschlägigen Norm

Beispiel:

Ist im **Ausgangsfall** (S. 20 f.) nur nach Schmerzensgeldansprüchen gefragt, so sind Erläuterungen hinsichtlich eines Anspruchs auf Ersatz der Heilbehandlungskosten überflüssig (und damit falsch!).

Fehlt hingegen eine Fallfrage oder lautet sie ganz allgemein „*Wie ist die Rechtslage?*“, ist zunächst zu untersuchen, welche (wirtschaftlichen) Ziele die Beteiligten verfolgen können. Alsdann müssen diese Ziele zu Rechtsfolgen konkretisiert und die hierfür passenden Anspruchsgrundlagen

„Wie ist die Rechtslage“

gesucht werden. Die erste Vorauswahl der Anspruchsgrundlagen geht daher nicht von der Tatbestands-, sondern von der Rechtsfolgenseite einer Norm aus. Im nächsten Schritt schon konzentriert man sich jedoch auf den Sachverhalt und damit auf die Tatbestandsseite der Norm.

Aufbau des Gesetzes

Um die Suche nach den einschlägigen Normen gezielt vornehmen zu können, ist es erforderlich, dass der Student sich über den **Aufbau des Gesetzes** im Klaren ist. Um die einschlägigen Gesetzesbestimmungen des BGB beispielsweise im Ausgangsfall zu finden, wäre es wenig sinnvoll, das gesamte BGB mit seinen rund 2.400 Paragraphen zu durchforsten. Die Erkenntnis, dass durch einen Unfall ein Schuldverhältnis begründet worden sein könnte, beschränkt die Suche auf die Vorschriften der §§ 241 bis 853 BGB. Verdeutlicht man sich, dass es um deliktisches Handeln geht, braucht man für den ersten Zugriff nur noch die §§ 823 bis 853 BGB auf eine Anspruchsgrundlage durchzusehen. Orientiert der Bearbeiter sich dann an den Überschriften der einzelnen Normen, findet er sehr leicht die Vorschriften des § 823 Abs. 1 und 2 sowie § 827 BGB. Davon unberührt bleibt der innerhalb der Prüfung der einzelnen Anspruchsgrundlagen ggf. notwendige Rückgriff auf Vorschriften des Allgemeinen Teils (§§ 1 – 240 BGB) oder des Allgemeinen Schuldrechts (§§ 241 – 432 BGB). So findet sich der früher in § 847 BGB a.F. geregelte Anspruch auf Schmerzensgeld nunmehr in § 253 Abs. 2 BGB.

Exkurs: Eine erste Struktur

Dies zeigt, dass es von Vorteil ist, sich den Aufbau des BGB einzuprägen. Hiermit wird zugleich das Verständnis für das bürgerliche Recht gefördert, da die Struktur des Gesetzes keinesfalls willkürlich ist. Schließlich ist der Aufbau des Gesetzes, die *Gesetzessystematik*, sogar bei der Auslegung der Rechtsvorschriften heranzuziehen (siehe unter D. II. 3.). Zu Beginn des Studiums reicht es aus, sich folgende Struktur einzuprägen:

1. Buch:	Allgemeiner Teil	§§	1	–	240
2. Buch:	Schuldrecht	§§	240	–	853
	– Allgemeines Schuldrecht	§§	240	–	432
	– Besonderes Schuldrecht	§§	433	–	853
3. Buch:	Sachenrecht	§§	854	–	1296
4. Buch:	Familienrecht	§§	1297	–	1921
5. Buch:	Erbrecht	§§	1922	–	2385

Diese Struktur sollte schon bald ergänzt und vertieft werden. Dabei kann man sich weiterhin eng an das Inhaltsverzeichnis halten.

So wie man bestimmte Sondergesetze im Kopf haben muss, sollte man sich auch innerhalb des BGB bestimmte Fallkonstellationen einprägen, um die einschlägigen Normen schnell zu finden. Sollte ein Verbraucher (§ 13 BGB) ein Geschäft mit einem Unternehmer (§ 14 BGB) abschließen, ist

sofort an die den Verbraucher schützenden Regelungen des BGB zu denken. Wird einem Verbraucher ein Darlehen, ein Zahlungsaufschub oder eine sonstige Finanzierungshilfe gewährt, ist das Verbraucherkreditrecht der §§ 491 ff. BGB heranzuziehen. Über diese Beispielsfälle hinaus sind z.B. die Regelungen über allgemeine Geschäftsbedingungen (§§ 305 ff. BGB), das Haustürwiderrufsrecht (§§ 312 f. BGB) sowie die besonderen Regelungen über Fernabsatzverträge (§§ 312b ff. BGB) und über den Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) in zivilrechtlichen Klausuren häufig anzuwenden. Die Fallgestaltungen, in denen diese Normen Anwendung finden, muss der Student sich einprägen, will er die Vorschriften in der Prüfungssituation nicht übersehen oder aber die knapp bemessene Zeit auf die Suche verwenden.

In einem weniger bekannten Gesetz kann man die Suche nach den einschlägigen Normen unmittelbar durch einen Blick in das **Inhaltsverzeichnis des Gesetzes** verkürzen.

Inhaltsverzeichnis dient Orientierung

Beispiel:

Bei der Lösung des **Ausgangsfalles** (S. 20 f.) lässt sich der Inhaltsübersicht des StVG entnehmen, dass einschlägige Normen zur Frage der Haftung des Herrn Blaumann nur im Bereich der §§ 7 bis 20 („Haftpflcht“) zu finden sein können. Mit dieser Eingrenzung sind die Vorschriften der §§ 7 und 18 StVG bald gefunden.

2. Unterteilung der Normen nach Inhalt und Funktion

a) Überblick

Wie anhand des **Ausgangsfalles** (S. 20 f.) aufgezeigt wurde, ist schnell eine Vielzahl von Normen aufgefunden, die den Geschehensablauf abstrakt umschreiben und damit für die rechtliche Beurteilung des Sachverhaltes von Bedeutung sein können. Diese Normen erfüllen dabei verschiedene Funktionen im Rahmen der Falllösung.

Normen haben unterschiedliche Funktionen

Merke: Nicht alle Normen stehen für sich, sondern es besteht ein Normensystem, welches die einzelnen Normen auf vielfältige Weise untereinander verbindet. Es finden sich Vorschriften, die eine andere ergänzen, sowie Normen, die auf andere Bezug nehmen, um unnötige Wiederholungen im Gesetz zu vermeiden. Andererseits gibt es Normen, die den Eintritt der Rechtsfolge einer Norm verhindern oder einen entstandenen Anspruch zum Erlöschen bringen.

Angesichts dieser Normverschachtelung ist eine systematische Unterteilung notwendig, die man unter den verschiedensten Gesichtspunkten vornehmen kann.

Die Unterscheidung, die für den Studenten am wichtigsten ist, ergibt sich aus dessen Aufgabe, einen Lebenssachverhalt unter rechtlichen Gesichtspunkten zu bewerten: er soll einen Rechtsfall lösen. Dazu muss er die Funktion der verschiedenen Normen im Rahmen der Falllösung kennen,

Funktionen im Prüfungsaufbau

denn letztlich richtet sich nach dieser Einteilung der Prüfungsaufbau (siehe unter E. I. 3. b.). In diesem Sinne können die Vorschriften als Anspruchsgrundlagen, Definitionsnormen, Gegennormen, Verweisungen und Fiktionen unterschieden werden.

Es soll an dieser Stelle aber nicht verschwiegen werden, dass die Zuordnung der Normen in diese Funktionsbereiche nicht nur Anfängern, sondern auch Fortgeschrittenen erhebliche Schwierigkeiten bereitet. Es wird vielfach nichts anderes übrig bleiben, als das Verhältnis in einigen Bereichen schlicht zu lernen, um so folgenschwere Aufbaufehler zu vermeiden. Jedenfalls sollten Sie sich an dieser Stelle schon merken, dass es zur Lösung eines Falles nicht ausreicht, die Anspruchsgrundlage zu kennen. Sie bildet nur den Ausgangspunkt der Lösung. Von gleicher Bedeutung sind vor allem die Definitions- und Gegennormen.

b) Anspruchsgrundlagen

Anspruchsgrund-
lage
Ausgangspunkt der
Falllösung

Ausgangspunkt der Lösung eines zivilrechtlichen Falles ist die Anspruchsgrundlage. Ein Anspruch ist nach der Legaldefinition in § 194 Abs. 1 BGB das Recht, von einem anderen ein Tun oder Unterlassen zu verlangen. Eine Anspruchsgrundlage bietet die abstrakte Rechtsgrundlage, ein bestimmtes Verhalten verlangen zu können. Sie sind Rechtsnormen, deren Rechtsfolge einer Person einen solchen Anspruch gegen eine oder mehrere andere Personen zuerkennt. Eine Anspruchsgrundlage ist stets eine **vollständige Rechtsnorm**. Vollständige Rechtsnormen knüpfen an bestimmte tatbestandliche Voraussetzungen eine Rechtsfolge, die unmittelbar auf ein Lebensverhältnis einwirken (vgl. zur Prüfung der einzelnen Voraussetzungen einer Anspruchsgrundlage den Prüfungsaufbau unter E.II.). Das BGB enthält eine Vielzahl solcher anspruchsbegründenden Normen. Bei der Falllösung haben Sie diejenigen Anspruchsgrundlagen auszuwählen, die den Anspruch des Anspruchstellers rechtfertigen können, weil die Rechtsfolge der Norm mit dem Begehren des Anspruchstellers übereinstimmt.

Beachte: Anspruchsgrundlagen sind nicht immer in einer einzigen Vorschrift zu finden.

Beispiele:

Im **Ausgangsfall** (S. 20 f.) ist zwar sowohl der Schadensersatzanspruch aus § 823 Abs. 1 BGB als auch der Anspruch aus § 7 StVG (zwei selbständige Anspruchsgrundlagen) in einer einzigen Vorschrift enthalten; die Voraussetzungen des Schmerzensgeldanspruchs sind jedoch in zwei Vorschriften, nämlich § 823 und § 253 Abs. 2 BGB enthalten, d.h. sie können nur aus einer Zusammenschau dieser beiden Normen gewonnen werden.

Manchmal besteht *eine Anspruchsgrundlage* aus einer *Vielzahl sich ergänzender Vorschriften* wie zum Beispiel der Rückzahlungsanspruch aus Rücktritt beim Kauf einer fehlerhaften Sache (§§ 346 S. 1, 323, 437 Nr. 2, 434 BGB). Diese Kette erklärt sich folgender-

maßen: § 346 BGB bietet die gewünschte abstrakte Rechtsfolge, nämlich Rückzahlung des Kaufpreises. Die Vorschrift setzt ein gesetzliches Rücktrittsrecht voraus. Dieses ergibt sich aus § 437 Nr. 2 BGB. Die Regelung des § 437 BGB greift aber nur ein, wenn die gekaufte Sache mangelhaft ist. Der Begriff des Mangels ist in § 434 BGB näher erläutert. Schließlich muss der Rücktritt nach § 323 BGB erfolgen, insbesondere die dort geregelte Nachfristsetzung ist einzuhalten.

Alle diese Normen müssen, da sie insgesamt die Voraussetzung des Anspruchs bilden, in den sogenannten Obersatz aufgenommen werden. Der Obersatz steht immer am Anfang der Prüfung eines Anspruchs und enthält die gesamte Anspruchsgrundlage sowie deren Rechtsfolge (siehe dazu unter E. II. 1.).

Soweit die Anspruchsgrundlage aus mehreren Vorschriften besteht, müssen sie stets vollständig zitiert werden.

c) Definitionsnormen

Einzelne Tatbestandsmerkmale einer Norm sind bisweilen durch sogenannte Definitionsnormen näher bestimmt. Hierbei handelt es sich um **unvollständige Normen**, da diese nicht unmittelbar einen Lebenssachverhalt regeln, sondern nur unselbständige Teile eines Anspruchs konkretisieren. Durch das Definieren bestimmter Begriffe wird ferner erreicht, dass eine für ein gesamtes Regelwerk benötigte Definition lediglich einmal und für alle Fälle geltend ausgesprochen wird. Definitionsnormen erfüllen daher z.T. ähnliche Zwecke wie die Allgemeinen Teile (siehe unter B. I. 3.).

Funktion

Solche Definitionen finden sich oftmals in Definitionskatalogen, in denen mehrere Definitionen für ein Gesetz zusammenfassend aufgeführt werden (z.B. § 11 StGB), ohne dass hierdurch eine abschließende Zusammenstellung der in dem Gesetz vorhandenen Definitionen vorläge (vgl. § 184c StGB). Teilweise sind die Definitionen aber auch über das Gesetz verteilt. So finden sich in §§ 13, 14 BGB die Begriffsbestimmungen für „Verbraucher“ und „Unternehmer“, in §§ 90/90a BGB die Definition des Begriffs „Sache“ und in § 932 Abs. 2 BGB eine Definition des Begriffs „guter Glaube“, in § 194 Abs. 1 BGB die Definition des „Anspruchs“.

Beispiele

Beispiel:

Im **Ausgangsfall** (S. 20 f.) ist im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB zu untersuchen, ob Herr Blaumann „fahrlässig“ gehandelt hat. Die Definition des Begriffs der Fahrlässigkeit findet sich in § 276 Abs. 2 BGB, wonach fahrlässig derjenige handelt, der die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt.

Definitionen bestimmter Tatbestandsmerkmale finden sich teilweise auch innerhalb einer Norm. Hierbei bedient sich der Gesetzgeber einer immer wiederkehrenden Praxis. Das zu definierende Merkmal wird in einer Klammer aufgeführt. Die gesetzliche Definition für dieses Merkmal ergibt

sich aus dem der Klammer unmittelbar vorstehenden Textes. Deutlich wird dies z.B. an § 121 BGB: „Die Anfechtung muss in den Fällen der §§ 119, 120 ohne schuldhaftes Zögern (unverzüglich) erfolgen [...]“. Der Begriff unverzüglich ist damit legaldefiniert und zwar als ein Handeln ohne schuldhaftes Zögern. Soweit im Privatrecht der Begriff unverzüglich verwendet wird, kann daher auf die allgemeine Definition des § 121 BGB zurückgegriffen werden, selbst wenn es sich im konkreten Fall nicht um eine Anfechtung handelt (z.Bsp.: § 377 HGB, § 269 Abs. 3 S. 3 ZPO).

**Kenntnis erforderlich!
Definitionsnormen konkretisieren
Anspruchsvoraussetzungen**

Solchen Definitionsnormen kommt eine große Bedeutung zu, da sie zur Konkretisierung der Anspruchsvoraussetzungen benutzt werden müssen. Nur wenn solche Normen nicht vorhanden sind, muss der Rechtsanwender die Anspruchsvoraussetzungen selbst konkretisieren.

d) **Gegennormen**

Funktion der Gegennorm

Unter dem Begriff der Gegennorm verbergen sich die etwaigen Gegenrechte des Anspruchsgegners. Sie wenden sich grundsätzlich gegen das Bestehen des Anspruchs. Genauer: Durch Gegennormen werden die Rechtsfolgen der Anspruchsgrundlage ausgeschlossen, eingeschränkt oder in der Durchsetzung gehemmt. Nach der im materiellen Zivilrecht üblichen Ausdrucksweise handelt es sich bei den Gegennormen um **Einwendungen** und **Einreden**, wobei der Begriff der Einwendung der Oberbegriff ist.

Rechtshindernde Einwendungen

Die Einwendungen unterteilt man in drei Gruppen. Zunächst unterscheidet man **rechtshindernde Einwendungen**, die das Entstehen des nach der Anspruchsgrundlage möglichen Rechtsverhältnisses von vornherein ausschließen (siehe unter E. I. 3. b. dd.). Hierher gehört beispielsweise die Nichtigkeit eines Vertrages nach §§ 134, 138 BGB.

Rechtsvernichtende Einwendungen

Auf der anderen Seite stehen die **rechtsvernichtenden Einwendungen**, die ein entstandenes Rechtsverhältnis später wieder zum Erlöschen bringen oder jedenfalls für den bisherigen Gläubiger einen Verlustgrund bewirken (z.B. die Erfüllung gemäß § 362 BGB; die Abtretung nach § 398 BGB). Rechtshindernde und rechtsvernichtende Einwendungen haben gemeinsam, dass es den geltend gemachten Anspruch kraft Gesetzes nicht (mehr) gibt (siehe unter E. I. 3. b. dd.).

Einrede

Hiervon zu unterscheiden sind die rechtshemmenden Einwendungen. Rechtshemmende Einwendungen sind solche Gegennormen, die im Gegensatz zu den anderen Einwendungen den Anspruch selbst zwar bestehen lassen, aber die Durchsetzbarkeit des Rechts vereiteln (z.B. wegen Verjährung, § 214 Abs. 1 BGB). Auf dieses Gegenrecht muss man sich ausdrücklich berufen. Nur dann wird es bei der Rechtsfindung beachtet. Daher nennt man die rechtshemmenden Einwendungen auch **Einreden** (siehe unter E. I. 3. b. dd.).

Merke: Bei Einreden muss man reden.

Von dieser für das BGB maßgeblichen Terminologie, sind die Begrifflichkeiten des Zivilprozessrechts zu unterscheiden. Dort ist als Oberbegriff die „Einrede“ anerkannt. Die Einrede im prozessualen Sinne kann materiell-rechtlich aber eine rechtshindernde, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einwendung sein.

Beispiel:

Im **Ausgangsfall** (S. 20 f.) kommen als Gegennormen zu dem Schadensersatzanspruch die § 827 BGB und § 7 Abs. 2 StVG (Lesen!) in Betracht. Hierbei handelt es sich jeweils um rechtshindernde Einwendungen. Diese Normen schließen die Entstehung des Anspruchs aus. Als Einrede lässt sich im Ausgangsfall die Verjährungsvorschrift des § 214 Abs. 1 BGB anführen. Nach Ablauf der gem. §§ 195, 199 Abs. 2 BGB einschlägigen regelmäßigen Verjährungsfrist von drei Jahren ist die Durchsetzbarkeit des bestehenden Anspruchs gehemmt. Denn gem. § 214 Abs. 1 BGB ist der Verpflichtete nach der Vollendung der Verjährung berechtigt, die Leistung zu verweigern.

Die Berufung auf solche Gegennormen hat neben Auswirkungen auf den Prüfungsaufbau auch bei der Frage der Beweislast erhebliche Konsequenzen. Während bei den Anspruchsgrundlagen der Anspruchsteller das Vorliegen der einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen zu beweisen hat, liegt die Beweislast für das Vorliegen der Gegennormen beim Anspruchsgegner.

Beweislast bei Gegennormen

Beispiel:

So muss im **Ausgangsfall** (S. 20 f.) Herr Blaumann beweisen, dass er sich ohne Verschulden infolge des Alkoholgenusses in einem die Verantwortlichkeit ausschließenden Zustand befunden hat (vgl. § 827 BGB) bzw. dass der Geltendmachung des Schadensersatzanspruchs der Frau Radel die Einrede der Verjährung entgegensteht (vgl. §§ 214, 195 BGB).

e) Verweisungen

Die Bezugnahme einer Norm auf den Inhalt einer anderen Norm nennen wir Verweisung. Durch dieses gesetzestechnische Mittel werden Wiederholungen vermieden. Dabei unterscheidet man zwischen Rechtsgrundverweisungen und Rechtsfolgeverweisungen.

Rechtsgrund und Rechtsfolgeverweisungen

Rechtsgrundverweisungen enthalten selber nicht alle Merkmale, die erfüllt sein müssen, um die Rechtsfolge auszulösen. Es müssen vielmehr noch die Tatbestandsmerkmale der Rechtsnorm vorliegen, auf die verwiesen wird. Ein Beispiel für eine Rechtsgrundverweisung stellt § 18 StVG dar. Einzige Voraussetzung, die in § 18 StVG selbst genannt ist, ist die Fahrereigenschaft des Anspruchsgegners. Darüber hinaus müssen jedoch auch die Voraussetzungen des § 7 StVG geprüft werden, damit die Rechtsfolge, die ebenfalls durch § 7 StVG bestimmt wird, eintritt.

Bei **Rechtsfolgeverweisungen** ist hingegen in der Regel lediglich die Rechtsfolge einer anderen Norm zu entnehmen. Beispiele für Rechtsfolgeverweisungen sind §§ 326 Abs. 4, 684, 988 BGB.

Verweisungsketten

An dieser Stelle sei aber auch darauf hingewiesen, dass die Verweisungstechnik, die der Vermeidung von Wiederholungen dient, nicht selten gerade bei Anfängern für erhebliche Verwirrung sorgt. Daneben ist die Feststellung, ob ein Rechtsgrund- oder ein Rechtsfolgeverweis vorliegt nicht immer leicht zu treffen. Welche Art der Verweisung vorliegt ist durch Auslegung der Norm (siehe hierzu unter D. II.) festzustellen. Als Anhaltspunkt kann man sich merken, dass der Rechtsfolgeverweis häufiger anzutreffen ist als der Rechtsgrundverweis. Besondere Schwierigkeiten bereiten erfahrungsgemäß Verweisungsketten. Diese haben durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138) zugenommen.

Beispiel:

So ist der Schadensersatz wegen Lieferung einer mangelhaften Sache nicht mehr anhand einer Norm zu ermitteln, sondern gleich durch vier Vorschriften. Anspruchsgrundlage ist im Regelfall §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281, 437 Nr. 3, 434 BGB. Auch verweist beispielsweise § 819 Abs. 1 BGB auf § 818 Abs. 4 BGB und dieser wiederum auf die allgemeinen Vorschriften. Wenn innerhalb der allgemeinen Vorschriften § 292 BGB zur Anwendung kommt, sind die Vorschriften zum Eigentümer-Besitzer-Verhältnis §§ 987 ff. BGB anzuwenden.

Statische und dynamische Verweisung

Die Unterteilung in *statische* und *dynamische* Verweisung hat für den Studenten eine eher geringe Bedeutung. Die Unterscheidung sollte aber dennoch bekannt sein. Eine Verweisung bezeichnet man als statisch, wenn sie sich auf den Normtext in der Gestalt richtet, den er bei Erlass der Verweisungsnorm hatte. Eine Änderung der Norm, auf die verwiesen wird, hat hier also keine Auswirkungen auf den Regelungsgehalt der Verweisungsnorm. Der Regelungsinhalt bleibt trotz der Änderung der Vorschrift, auf die Bezug genommen wird, bestehen. Im Gegensatz dazu bezeichnet man eine Verweisung als dynamisch, wenn sie sich auf den Normtext in seiner jeweiligen Fassung richtet, so dass eine Änderung auf die Verweisungsnorm durchschlägt.

f) Fiktionen

Funktion der Fiktion

Die Verweisung stellt eines der gesetzestechnischen Mittel dar, die der Gesetzgeber verwendet, um eine Aufblähung des Gesetzestextes zu vermeiden. Mit der gleichen Zielrichtung benutzt der Gesetzgeber oftmals Fiktionen.

Durch eine Fiktion wird durch Gesetz die Rechtsfolge eines Tatbestands für einen anderen Tatbestand angeordnet. Der Gesetzgeber unterstellt also, dass der in Rede stehende Tatbestand in einer bestimmten Situation als Unterfall eines anderen Tatbestands anzusehen ist. Dies bedeutet, dass eine Fiktion es ermöglicht, einen Tatbestand unter eine Rechtsfolge

zu subsumieren, die normalerweise etwas anderes voraussetzt. Da es sich letztendlich um eine Gleichbehandlung ungleicher Tatbestände handelt, kann man die Funktion einer Fiktion dahingehend umschreiben, dass durch die Fiktion eine gewollte Gleichsetzung des ungleich Gewussten erfolgt (vgl. LARENZ, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, S. 262).

Für eine solche Gleichsetzung gibt es im Gesetz zahlreiche Beispiele. Ein aufgelöster Verein gilt gemäß § 49 Abs. 2 BGB bis zur Beendigung der Liquidation als fortbestehend, soweit der Zweck der Liquidation es erfordert (weitere Beispiele: §§ 550 S. 1, 162 Abs. 1, 177 Abs. 2, 1943 BGB).

Beispiele

Durch die Fiktion wird also regelmäßig eine Rechtsfolge herbeigeführt, die sonst nicht bestehen würde. Damit entspricht die Funktion der Fiktion derjenigen der Verweisung, die aber sprachlich anders, nämlich als Unterstellung, formuliert ist. Für den Studenten ist die folgende Fiktion des § 20 Abs. 1 Nr. 4 JAG NW besonders einprägsam:

„Die staatliche Pflichtfachprüfung ist durch die Vorsitzende oder den Vorsitzenden des Justizprüfungsamtes für nicht bestanden zu erklären, sobald ein Prüfling ohne Genehmigung der oder des Vorsitzenden des Justizprüfungsamtes von der Prüfung zurücktritt.“

3. Anwendbarkeit und Gültigkeit von Normen

Mit der Unterteilung der Normen nach ihrer Funktion im Rahmen der Falllösung ist eine von vielen Möglichkeiten der Untergliederung der Vorschriften aufgezeigt worden. Sie ist – wie nicht oft genug erwähnt werden kann – für den Studenten von besonderer Bedeutung. Im Zusammenhang mit der Frage der Gültigkeit von Rechtsnormen ist eine weitere systematische Gliederung der gesetzlichen Vorschriften vorzunehmen. Im Rahmen der Falllösung gewinnt die Frage der Gültigkeit von gesetzlichen Vorschriften Bedeutung, weil die Rechtsfolgen einer Norm dann nicht eingreifen, wenn sie ungültig sind, auch wenn ihr Tatbestand erfüllt ist.

Bedeutung für die Falllösung

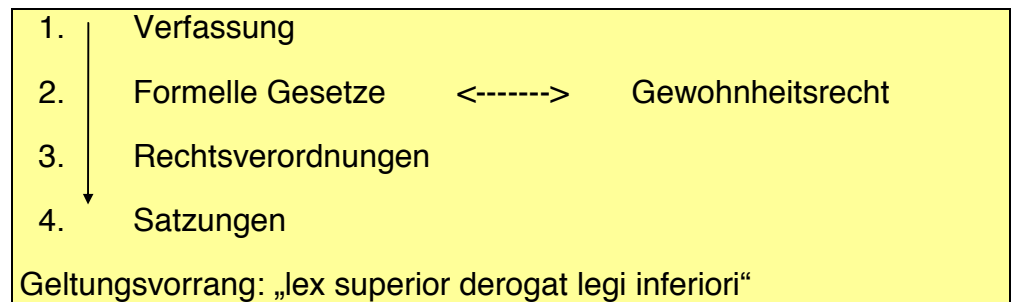
a) Die Gültigkeit von Rechtsnormen

Die systematische Unterteilung der Gesetzesbestimmungen, die angestellt werden muss, um die Frage nach der Gültigkeit der Norm zu beantworten, ist die nach der **Rangordnung oder Hierarchie der Normen**. Eine Rechtsnorm ist nur dann gültig, wenn sie nicht gegen höherrangiges Recht verstößt. Dieses Messen des niederrangigen am höherrangigen Recht wird als **Geltungsvorrang** bezeichnet. Wenn eine Rechtsnorm die von der höherrangigen Norm aufgestellten Wirksamkeitsvoraussetzungen (in formeller oder materieller Hinsicht) nicht erfüllt, ist sie unwirksam („lex superior derogat legi inferiori“). Eine unwirksame Norm darf nicht angewendet werden.

Geltungsvorrang

Rangfolge

Es kommt also zunächst darauf an, in welcher Rangfolge die Rechtsnormen stehen. An höchster Stelle in der Hierarchie der Normen steht die Verfassung. Dann folgen einfache (formelle) Gesetze, Rechtsverordnungen und letztlich Satzungen. Das *Gewohnheitsrecht*, dessen Bedeutung angesichts der zunehmenden Kodifizierung schwindet, gehört im Zweifel auf die Stufe des einfachen Gesetzes. Es kann jedoch auf jeder Stufe dieser Rangordnung gefunden werden. So gelten kraft der gesetzlichen Anordnung des Art. 33 Abs. 5 GG die „hergebrachten Grundsätze des Berufsbeamtentums“ als Verfassungsrecht. Aber auch auf der Ebene der Rechtsverordnungen und Satzungen finden sich gewohnheitsrechtliche Rechtssätze. Folgende einfache Übersicht sollte man sich zur Rangordnung der Rechtsnormen einprägen.



Bundesrecht bricht Landesrecht

Dieses leicht einprägsame Prinzip wird dadurch etwas erschwert, dass diese Normenhierarchie sowohl auf Bundesebene als auch auf Landesebene besteht. Mit der Staatsqualität der Länder geht deren Normsetzungsbefugnis einher (vgl. Art. 70 GG, beachten Sie aber die vielfältigen Einschränkungen der Art. 71 ff. GG). Dies führt dazu, dass derselbe Regelungsgegenstand gleichzeitig durch Bundesrecht und Landesrecht geregelt sein kann. In diesem Fall gilt die Rangregel des Art. 31 GG:

„Bundesrecht bricht Landesrecht.“

Damit ist der Vorrang des Bundesrechtes vor dem Landesrecht zum Ausdruck gebracht. Auf den sonstigen Rang innerhalb der Gesetzeshierarchie kommt es **nicht** an, so dass eine Rechtsverordnung des Bundes einem formellen Landesgesetz vorgeht.

Klausurrelevanz

Der Geltungsvorrang und damit die Prüfung der Unwirksamkeit von Normen wird **zumeist in öffentlich-rechtlichen Klausuren** erforderlich, aber auch zivilrechtliche Normen müssen selbstverständlich mit ranghöherem Recht vereinbar sein. Doch darf in zivilrechtlichen oder strafrechtlichen Fällen der Bearbeiter eine geltende Norm nicht schlicht für verfassungswidrig erklären, weil die Verwerfungskompetenz nicht beim einfachen Rechtsanwender, sondern allein beim Bundesverfassungsgericht liegt (Art. 100 Abs. 1 GG). Eine Vielzahl von Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches (formelles Gesetz) sind wegen Verstoßes gegen die Verfassung (insbesondere Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 GG,

Geschlechtsdiskriminierung), für unwirksam erklärt worden. Dies hat zuletzt die Änderung des ehelichen Namensrechtes erforderlich gemacht (FamNamRG v. 16.12.1993, BGBl. 1993, I, S. 2054). Das BVerfG hatte die Vorschrift des § 1355 Abs. 2 Satz 2 BGB a.F. für unwirksam erklärt (BVerfG v. 5.3.1991, NJW 1991, S. 1602 ff.). Nach dieser Vorschrift wurde der Nachname des Mannes Ehename, wenn die Ehegatten nicht einen ihrer Geburtsnamen zum Ehenamen bestimmten. Ein fehlendes Einvernehmen hinsichtlich des Ehenamens ging also zu Lasten der Ehefrau. Sie konnte ihren Namen nicht behalten, wollte sie auf die Eheschließung nicht verzichten. Dies sei – so das BVerfG – mit dem Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 GG nicht vereinbar. Allein die traditionelle Prägung eines Lebensverhältnisses reiche für eine Ungleichbehandlung von Mann und Frau nicht aus.

Mittlerweile ist das BGB jedoch weitgehend von verfassungswidrigen Vorschriften befreit, jedoch kann *in Ausnahmefällen eine Erörterung des Geltungsvorranges erforderlich sein*. In der einfachen Falllösung darf der Bearbeiter jedoch wegen der Verwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts nur sogenanntes vorkonstitutionelles (d.h. vor Inkrafttreten des Grundgesetzes) bereits vorhandenes Recht selbst überprüfen und ggf. unangewendet lassen (BVerfG v. 15.2.1993, FamRZ 1993, 662).

Beispielfall (nach AG Münster 8.12.1992, NJW 1993, S. 1720 f.):

Anna und Bert sind miteinander verlobt. Während eines gemeinsamen Urlaubs verkehren sie erstmals geschlechtlich miteinander. Kurz darauf löst Bert das Verlöbnis brieflich. Anna glaubt sich aufgrund des Verlustes ihrer geschlechtlichen Unbescholtenheit der Lächerlichkeit preisgegeben. Der Möglichkeit nunmehr noch einen Mann zu finden, wähnt sie sich beraubt. Sie verklagt Bert auf Zahlung von €500,- als Entschädigung.

Lösungshinweis:

In diesem Fall ist zu untersuchen, ob der damals noch gültige § 1300 BGB a.F. als vorkonstitutionelle Norm mit höherrangigem Verfassungsrecht vereinbar ist. Nach § 1300 BGB a.F. konnte eine unbescholtene Verlobte von ihrem Verlobten eine billige Entschädigung in Geld verlangen, wenn sie ihm die „Beiwohnung“ gestattete und dann das Verlöbnis aufgehoben wurde. Die Vorschrift könnte einen Verstoß gegen Art. 3 Abs. 2 und Art. 3 Abs. 3 GG darstellen, wonach Männer und Frauen gleichberechtigt sind. Die Gleichbehandlung von Männern und Frauen bedeutet, dass eine Benachteiligung oder Bevorzugung der Frau nicht erfolgen darf, jedenfalls solange sie nicht durch biologische oder funktionale Gründe geboten ist.

Die Tatsache, dass § 1300 BGB a.F. nur Frauen einen Entschädigungsanspruch gewährt, könnte eine Benachteiligung des Mannes darstellen. Es dürfte nicht der Natur des Mannes entsprechen, dass er den seelischen Schmerz wegen eines gebrochenen Verlöbnisses geringer empfindet als eine Frau. Nach der Abkehr von überkommenen Moralvorstellungen zur Zeit des Inkrafttretens des BGB (im Jahr 1900) eröffnet die Unbescholtenheit für eine Frau heute auch keine verbesserten Heiratschancen mehr. Damit sind keine biologischen oder funktionalen Gründe ersichtlich, die die Differenzierung gebieten könnten. Folglich verstößt - nach unserer Auffassung - § 1300 BGB a.F. gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 2 und 3 GG. Die Vorschrift ist folglich nicht anzuwenden. Ein Ersatzanspruch der Anna scheidet aus.

Freilich war diese Frage- wie vieles in der Jurisprudenz – streitig. Der BGH hat in mehreren Entscheidungen bis zum Jahre 1974 die Verfassungsmäßigkeit des § 1300 BGB a.F. angenommen (zuletzt BGH v. 24.4.1974, BGHZ 62, S. 282 ff.).

Grundsätzlich kann man jedoch in zivilrechtlichen Aufgaben von der Wirksamkeit der Vorschriften des BGB ohne weiteres ausgehen. In öffentlich-rechtlichen Arbeiten spielt allerdings die Verfassungsmäßigkeit des Verwaltungshandelns eine große Rolle.

Exkurs:

In eng umgrenzten Ausnahmefällen tritt die Unwirksamkeit einer Norm trotz Verstoßes gegen höherrangiges Recht nicht ein. So wird etwa ein Bebauungsplan (Satzung) trotz Verstoßes gegen das Baugesetzbuch (formelles Gesetz) nur nach Maßgabe der §§ 214, 215 BauGB unwirksam und bleibt im Übrigen bestehen.

Darüber hinaus erklärt das Bundesverfassungsgericht Gesetze, die gegen die Verfassung verstoßen, dann nicht für unwirksam, wenn eine sonst eintretende Funktionsunfähigkeit staatlicher Einrichtungen der verfassungsmäßigen Ordnung noch ferner stünde als der bisherige verfassungswidrige Zustand (vgl. z.B. BVerfG zum ehelichen Namensrecht v. 5.3.1991, NJW 1991, S. 1602 ff.; *sog. Chaosgedanke des BVerfG*). Die verfassungswidrige Norm bleibt für eine Übergangszeit anwendbar.

Gleichzeitig wird der Gesetzgeber in diesen Fällen dazu verpflichtet, eine Neuregelung innerhalb einer vom BVerfG gesetzten Frist zu schaffen. Bekanntes und aktuelles Beispiel hierfür ist die vom BVerfG angemahnte Berücksichtigung der Betreuung und Erziehung von Kindern bei der Bemessung des Beitrags zur sozialen Pflegeversicherung. Der Gesetzgeber wurde aufgefordert, den verfassungswidrigen Zustand bis zum 1.1.2005 (BVerfG v. 3.4.2001, BVerfGE 103, 242 ff.) zu ändern. Dem ist

der Gesetzgeber durch das Kinder-Berücksichtigungsgesetz vom 15.12.2004 nachgekommen (BGBl. I S. 3448).

b) Die Anwendbarkeit von Normen

Regelmäßig stellt sich in zivilrechtlichen Arbeiten das Problem, wie zu verfahren ist, wenn zwei oder mehrere Vorschriften vorhanden sind, von denen jede für den zu prüfenden Sachverhalt eine Rechtsfolge bestimmt.

Normenkonkurrenz

Beispiel:

So ist im **Ausgangsfall** (S. 20 f.) ein Anspruch auf Schadensersatz sowohl nach § 7 Abs. 1 StVG und § 18 StVG als auch nach § 823 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB möglich.

Die Frage, welche Vorschriften anwendbar sind, betrifft den Problembereich der **Normenkonkurrenz**. Für die Lösung dieses Problems bestehen im Grundsatz zwei Möglichkeiten: die eine Vorschrift verdrängt die andere oder beide Normen sind nebeneinander anwendbar. Im geltenden Zivilrecht sind beide Möglichkeiten verwirklicht.

aa) Anwendungsvorrang

Verdrängt eine Vorschrift eine andere, spricht man vom **Anwendungsvorrang**. Dabei kann die vorrangige Anwendung einer Norm ausdrücklich im Gesetz bestimmt sein oder sich aus der Anwendung einer methodischen Regel ergeben.

(i) Gesetzliche Bestimmungen der Anwendbarkeit

Gesetzliche Anordnungen des Anwendungsbereiches von Normen finden sich beispielsweise in § 310 BGB für die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB oder in § 491 BGB für die dort genannten Vorschriften. Eine Abgrenzung zwischen der Frage der Anwendbarkeit einer Norm und ihren Tatbestandsvoraussetzungen ist häufig schwierig.

Geltungsbereich einer Norm

Beispiel:

Im 2. Buch, zweiter Abschnitt des BGB finden sich in § 310 Regelungen des sachlichen und persönlichen Anwendungsbereiches der Vorschriften über die Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge. Die Regeln der §§ 305 ff. BGB finden danach z.B. nur beschränkte Anwendung gegenüber Unternehmen. In der gleichen Weise schränkt aber auch § 305 BGB den Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes ein, indem sie den Begriff der allgemeinen Geschäftsbedingungen definiert. Handelt es sich bei einem Vertragswerk nicht um allgemeine Geschäftsbedingungen, finden die §§ 305 ff. BGB keine Anwendung.

Diese Erkenntnis sollte den Leser zur Erarbeitung der Skizze eines Prüfungsaufbaus veranlassen, mit Hilfe dessen er einerseits keinerlei Probleme bei der Prüfung von AGB (sehr klausurrelevant!) hat, anderer-

seits sich und anderen den Unterschied von Anwendbarkeitsvoraussetzungen und Tatbestandsmerkmalen verdeutlichen kann. Die Skizze könnte folgendermaßen aussehen:

1. Einbeziehungsprüfung

a) Ist eine AGB nach § 305 Abs. 2 BGB Vertragsbestandteil geworden?

- Liegt eine AGB vor? (§ 305 Abs. 1 BGB)
- sachlicher Anwendungsbereich (§ 310 Abs. 4 BGB)
- Persönlicher Anwendungsbereich (§ 310 Abs. 1 BGB)
- Hinweis des Verwenders (ausdrücklich oder Aushang)
- Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme
- Einverständnis der anderen Partei

b) Liegt keine überraschende Klausel nach § 305c Abs. 1 BGB vor?

2. Inhaltsauslegung (§§ 305b, 305c Abs. 2 BGB)

3. Inhaltskontrolle (§§ 309, 308, 307 BGB)

4. Rechtsfolge (§ 306 BGB, (nicht § 139 BGB))

(ii) Spezialitätsgrundsatz

Spezialitätsgrundsatz

Ergibt sich die Anwendbarkeit oder Unanwendbarkeit der Norm nicht aus Tatbestandsvoraussetzungen oder Anwendbarkeitsvorschriften, gelten allgemeine methodische Regeln. Die wichtigste methodische Regel zur Auflösung einer Normenkonkurrenz ist der **Spezialitätsgrundsatz**. Dieser besagt:

Die speziellere Norm verdrängt die allgemeinere Norm: "*lex specialis derogat legi generali*".

Die entscheidende Frage ist, wann eine Norm spezieller ist als eine andere. Ein Spezialitätsverhältnis liegt dann vor, wenn

- die beiden Vorschriften in einem Teil ihres Anwendungsbereiches deckungsgleich sind und
- der Anwendungsbereich der spezielleren (verdrängenden) Norm durch eine oder mehrere weitere Voraussetzungen eingeengt ist.

Beispiel:

Besonders gut kann man das Spezialitätsverhältnis mit Hilfe der §§ 240 und 253 StGB verdeutlichen (nachlesen!). Neben den Voraussetzungen der Nötigung mit Gewalt oder durch Drohung mit einem empfindlichem Übel zu einem Verhalten (deckungsgleicher Anwendungsbereich), enthält § 253 StGB mit dem Erfordernis eines Vermögensnachteils und einer entsprechenden Bereicherungs-

absicht einschränkende Voraussetzungen. Dem gemäß verdrängt § 253 StGB die Nötigung nach § 240 StGB im Wege der Spezialität.

Ein Spezialitätsverhältnis liegt darüber hinaus auch dann vor, wenn eine speziellere (verdrängende) Vorschrift eine **abschließende Regelung** enthält. In diesem Fall darf die Rechtsfolge, die durch eine allgemeine Regel vorgesehen ist, nicht eintreten. Die Erklärung hierfür ist einfach: Wenn der Gesetzgeber einen bestimmten Lebenssachverhalt spezialgesetzlicher Regelung zugeführt hat, ist in der Regel davon auszugehen, dass er die allgemeine Regel nicht oder nur subsidiär (soweit die Spezialität reicht) für anwendbar hält. Ob eine abschließende Regelung vorliegt, ist durch Auslegung (siehe unter D. II.) zu ermitteln.

Abschließende
(speziellere)
Regelung

Beispiel:

Ein Beispiel für eine abschließende Regelung stellen die Vorschriften der §§ 434 ff. BGB in ihrem Verhältnis zu § 119 Abs. 2 BGB dar. Die §§ 434 ff. BGB knüpfen Gewährleistungsrechte des Käufers an das Vorliegen eines Sachmangels. Ein Sachmangel liegt vor, wenn die Sache nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Der Begriff der Beschaffenheit umfasst zumindest auch die Eigenschaften einer Sache. An den Eigenschaftsbegriff knüpft hingegen § 119 Abs. 2 BGB ein Anfechtungsrecht, wenn ein Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft einer Sache vorliegt. § 119 Abs. 2 BGB erfasst damit, neben anderen Fällen, jeden Anwendungsfall der §§ 443 ff. BGB, da sich der Käufer beim Kauf einer fehlerhaften Sache stets über das Vorhandensein dieses Fehlers geirrt hat. Bestünde damit neben den Gewährleistungsrechten, die einer gesonderten Verjährung unterliegen (§ 438 BGB), ein Anfechtungsrecht (10-jährige Ausschlussfrist nach § 121 Abs. 2 BGB), so würde die Vorschrift des § 438 BGB ihre Bedeutung weitgehend verlieren. Die kaufrechtlichen Regeln entfalten damit nur dann eine Wirkung, wenn man ihnen Vorrang vor der Anfechtungsmöglichkeit einräumt. Die Auslegung ergibt damit, dass die §§ 434 ff. BGB gegenüber § 119 Abs. 2 BGB eine abschließende Regelung darstellen.

Hat man auf einem dieser Wege ein Spezialitätsverhältnis festgestellt, so verdrängt die speziellere Vorschrift die allgemeinere unabhängig von der Frage, ob die Voraussetzungen der einen oder anderen Vorschrift vorliegen.

(iii) Anciennitätsprinzip

Konnte kein Spezialitätsverhältnis der Vorschriften festgestellt werden, bedeutet dies noch nicht, dass die Normen zwingend nebeneinander anwendbar sind. Behandeln zwei Normen nämlich *denselben Sachverhalt*, verdrängt die jüngere Vorschrift die ältere. Dieser Grundsatz wird als **Anciennitätsprinzip** bezeichnet und lautet:

„Die jüngere
verdrängt die ältere
Norm“

Die jüngere Norm verdrängt die ältere Norm: „*lex posterior derogat legi priori*“.

**Voraussetzung:
Regelung desselben
Sachverhalts**

Angesichts der Tatsache, dass das StVG aus dem Jahre 1952 das BGB hingegen aus dem Jahre 1900 stammt, könnte man nach dem Anciennitätsprinzip eine Verdrängung der bürgerlich-rechtlichen Vorschrift des § 823 BGB durch § 7 bzw. § 18 StVG in Erwägung ziehen. Voraussetzung ist hier jedoch, dass die Normen **denselben Sachverhalt regeln**. Dies ist jedoch nicht der Fall, da § 7 StVG das Halten bzw. § 18 StVG das Fahren eines Kraftfahrzeugs als Anknüpfungspunkt des Schadensersatzanspruchs vorsieht, wohingegen bei § 823 Abs. 1 BGB jegliches schuldhaftes Verhalten unabhängig von der Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr ausreicht.

bb) Kumulative Anspruchskonkurrenz**Nebeneinander
anwendbare
Anspruchsnormen**

Ergibt sich nach den dargelegten Grundsätzen kein Anwendungsvorrang, sind alle Normen nebeneinander anwendbar. Diese Situation bezeichnet man als **kumulative Anspruchskonkurrenz**. Die verschiedenen Anspruchsgrundlagen geben dann zwar rechtsfolgenseitig einen Anspruch für dieselbe Fallgestaltung, sprechen die Rechtsfolge aber aus verschiedenen Gesichtspunkten aus.

Beispiel:

Im **Ausgangsfall** (S. 20 f.) steht die Anspruchsgrundlage des § 7 StVG (Schadensersatz wegen des „Haltens“ eines potentiell gefährlichen Gegenstandes) neben der aus § 18 StVG (Schadensersatz wegen des Unfallverursachens mit einem Kfz) und neben den bürgerlich-rechtlichen Anspruchsgrundlagen der § 823 Abs. 1 BGB (Schadensersatz wegen Verletzung eines fremden Rechtsguts) und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB (Schadensersatz wegen der Verletzung eines Schutzgesetzes).

Prüfungsaufbau

Stellt sich in einer zivilrechtlichen Klausur ein Problem der Gültigkeit oder der Anwendbarkeit von Rechtsvorschriften, empfiehlt es sich, diese in der dargestellten Reihenfolge zu behandeln. Soweit sich die Anwendbarkeitsfrage von den Voraussetzungen des Tatbestandes trennen lässt, sollten die „konkreten Tatbestandsvoraussetzungen“ erst anschließend geprüft werden.

Die Prüfungsreihenfolge in einer Übersicht:

1. Sind die gefundenen Rechtsnormen gültig?

(Geltungsvorrang)

2. Sind die gefundenen Rechtsnormen anwendbar?

(Anwendungsvorrang)

- Gesetzliche Anordnung
- Spezialitätsgrundsatz
- Anciennitätsprinzip

3. Prüfung der tatbestandlichen Voraussetzungen der Norm

Noch einmal sei darauf hingewiesen: Eine strikte Trennung der Prüfungspunkte 2 und 3 ist nicht möglich, aber auch nicht erforderlich. Erwägungen hinsichtlich des Prüfungspunkts 1 und separate Erwägungen zu Prüfungspunkt 2 sind nur anzustellen, wenn **ernsthafte Zweifel** an der Gültigkeit oder der Anwendbarkeit einer Vorschrift bestehen. *Im Regelfall wird man unmittelbar mit der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm beginnen.* Dies gilt insbesondere für die Bearbeitung zivilrechtlicher Fälle.

Beispiel:

So ist es auch im **Ausgangsfall** (S. 20 f.). In einer Klausur wären Ausführungen zum Verhältnis von § 823 BGB zu § 7 StVG überflüssig, weil die Anspruchskonkurrenz offensichtlich ist.

Anders ist es aber, wenn der Eigentümer Schadensersatzansprüche gegen einen gutgläubigen und unverklagten Besitzer ohne Recht zum Besitz geltend macht. Hier sind zunächst die §§ 989, 990 BGB zu prüfen. Im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB ist dann auf Konkurrenzfragen einzugehen. Diese wird durch § 993 Abs. 1 a.E. BGB beantwortet, wonach der Besitzer nicht nach anderen Regeln außer denen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses auf Schadensersatz haftet.

D. Die Anwendung von Rechtsnormen

I. Allgemeines

Normanwendung

Ist geklärt, ob eine Vorschrift zur Falllösung herangezogen werden kann, so stellt sich im Anschluss daran das Problem, sie auf den konkreten Fall anzuwenden. Diese **Normanwendung** stellt den Kernbereich juristischen Arbeitens dar und macht Studenten bei Klausuren und Hausarbeiten, neben der schriftlichen Niederlegung der Gedankengänge, die größten Probleme.

Bedeutungsinhalt der Normen erschließen

Man mag sich fragen, weshalb in der Normanwendung die Hauptprobleme liegen, obwohl sich unsere Rechtsordnung doch durch das Vorhandensein zahlreicher Gesetze auszeichnet, die, wie man meinen könnte, einfach auf den Sachverhalt zu übertragen sind. Die Antwort ergibt sich daraus, dass der Gesetzeswortlaut nicht immer den Bedeutungsinhalt der Norm vollständig erkennen lässt. Der Gesetzgeber wählt zumeist abstrakte Formulierungen, um mit der Norm einer Vielzahl von Lebenssachverhalten gerecht zu werden. Der Jurist hat nun die Aufgabe, die abstrakten Tatbestandsmerkmale auf einen konkreten Sachverhalt zu übertragen. Dies geschieht zunächst dadurch, dass die in der Norm enthaltenen Begriffe **interpretiert** werden und in einem zweiten Schritt die konkretisierten Begriffe mit dem Sachverhalt verglichen werden (siehe zur Subsumtion unter E. II. 1.).

Methodisches Verfahren

Für den ersten Schritt steht dem Juristen die **Rechtsmethodenlehre** zur Verfügung. Mit Hilfe methodischer Verfahren wird es dem Juristen erleichtert, den Bedeutungsinhalt einer Norm zu erfassen und somit den in Rede stehenden Lebenssachverhalt juristisch zu bewerten.

Ausnahme: Gesetzeslücken schließen

Nicht selten wird der Interpret aber auch zu der Feststellung gelangen, dass das kodifizierte Recht für den zu entscheidenden Sachverhalt *keine Lösung bereithält*. In solchen Fällen darf und **muss** der Richter die Gesetzeslücke ausfüllen, denn er hat die an ihn herangetragenen Rechtsfälle zu entscheiden (sog. **Rechtsverweigerungsverbot**). Auch für diese Aufgabe steht dem Richter ein Instrumentarium zur Erweiterung des Bedeutungsgehalts einer Norm zur Verfügung: die **Rechtsfortbildung**. Sie ist streng von der Interpretation des Gesetzes zu trennen.

II. Die Auslegung von Normen

1. Allgemeines

Objektive Gesetzesauslegung

Im Wege der **Gesetzesauslegung**, der Interpretation des Gesetzes, soll der Interpret den Bedeutungsgehalt der Norm, d.h. die Aussage der Norm erfassen. Damit diese Interpretation nicht willkürlich erfolgt und allein von der subjektiven Sichtweise des Interpreten abhängt, hat man allgemeine Kriterien entwickelt, die eine einheitliche Interpretation und damit eine

einheitliche Gesetzesanwendung gewährleisten sollen. Dass dies nicht immer gelingt, steht auf einem anderen Blatt und stellt den Rechtsanwender nicht von der Pflicht frei, eine möglichst objektive Gesetzesinterpretation vorzulegen. Der Versuch einer objektiven Gesetzesauslegung erhebt keinen Anspruch auf letzte Wahrheit und Richtigkeit. Sie ist aber unabdingbar, gelangt man doch auf diesem Wege zu einer intersubjektiv nachprüfbarer Begriffsinterpretation.

Diese Kriterien bezeichnet man als **Auslegungsmaximen** oder **Auslegungselemente**; sie wurden im Grundsatz von Friedrich Carl von Savigny entwickelt (*Savigny, System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, 1840, S. 213 ff.), so dass manche auch vom Savigny'schen Methodenkanon sprechen. Unter diesen Auslegungsmaximen versteht man heute die grammatische, die systematische, die historische und die teleologische Auslegung. Diese Reihenfolge sollte auch bei der Auslegung eingehalten werden, womit aber nichts über das Rangverhältnis der Maximen ausgesagt ist. Es handelt sich hier um vier Kriterien, die miteinander zu kombinieren sind, wobei von der Wertungs- und Interessenjurisprudenz der Schwerpunkt auf die teleologische Auslegung verschoben wurde, die in der ursprünglichen, also der Savigny'schen Fassung der Auslegungskriterien, nicht so stark berücksichtigt wurde.

Auslegungsmaximen

Auslegungselemente sind:

- grammatische Auslegung
- systematische Auslegung
- historische Auslegung
- teleologische Auslegung

Bei der Gesetzesauslegung soll der Sinn des Gesetzes erforscht werden, d.h. der in ihr enthaltene Rechtsgedanke herausgearbeitet werden. Insoweit ist auch die Frage zu beantworten, welche Rolle den Vorstellungen des Gesetzgebers bei der Auslegung zukommt. Hier könnte man zum einen an eine **objektive**, zum anderen an eine **subjektive** Sichtweise denken. Nach der objektiven Auslegung wäre der Gegenwertsinn der Norm maßgeblich, d.h. die Norm wäre nur unter der Berücksichtigung von Gegenwertsichtspunkten auszulegen, um den Willen des Gesetzes zu erforschen. Eine subjektive Auslegung hingegen stellt in den Vordergrund, den Willen des historischen Gesetzgebers zu erforschen und diesen bei der Auslegung zu verwirklichen. Da beide Aspekte bei der Auslegung von Bedeutung sind, muss beiden Aspekten Rechnung getragen werden, jedoch mit einer Betonung des objektiven Elements, womit der Weiterentwicklung der Lebensverhältnisse nach Inkrafttreten einer Regelung Rechnung getragen wird. In diesem Sinne hat das Bundesverfassungsgericht die Formulierung geprägt, dass für die Interpretation eines Gesetzes der in ihm zum Ausdruck kommende

Objektive und subjektive Auslegung

objektivierte Wille des Gesetzesgebers maßgebend ist (BVerfGE 79, S.106 [121]).

Merke: Gesetzesauslegung ist die Interpretation des Gesetzes anhand nachprüfbarer Kriterien.

Exkurs: Die Auslegung von Rechtsgeschäften

Zwischen der Auslegung von Normen und der Auslegung von Rechtsgeschäften bestehen erhebliche Unterschiede, so dass die Hinweise zur Auslegung von Normen nur beschränkt auf die Auslegung von Rechtsgeschäften übertragen werden können. Ohne an dieser Stelle eine erschöpfende Anleitung zur Auslegung von Rechtsgeschäften geben zu können (hierzu: *Petersen*, Die Auslegung von Rechtsgeschäften, Jura 2004, 536 ff.), seien aber einige grundsätzliche Unterschiede aufgezeigt.

Während es bei der Auslegung von Rechtsgeschäften regelmäßig um das **Verständnis von Willenserklärungen** geht, die im Streitfall in verschiedenem Sinn verstanden oder erklärt worden sind und nun durch den Richter ausgelegt werden müssen, ist die Ausgangssituation bei der Gesetzesauslegung anders. Bei der Gesetzesauslegung sind Begriffe zu interpretieren, die vom Gesetzgeber nicht im Verhältnis zu einem Normadressaten aufgestellt sind, sondern generell für alle künftigen Normadressaten gelten. Hier kommt es allein auf die Aussage des Gesetzgebers an. Das Verständnis des Normadressaten kann bei der Auslegung von Gesetzen somit keine Berücksichtigung finden. Auch bei Rechtsgeschäften ist zunächst die Erklärung in dem vom Erklärenden gemeinten Sinn entscheidend. Ist sie aber für den Empfänger der Erklärung nicht deutlich geworden bzw. konnte er sie nur in einem anderen Sinne verstehen, so gilt die Erklärung in dem Sinne, wie sie der Erklärungsempfänger verstehen musste. Diese normative Auslegung gebietet die **Schutzwürdigkeit des Erklärungsempfängers**.

Ein weiterer erheblicher Unterschied liegt darin, dass gemäß §§ 133, 157 BGB bei der Auslegung von Willenserklärungen und Verträgen der **wirkliche Wille** zu erforschen und nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften ist. Daraus wird bezüglich der Auslegung von Rechtsgeschäften gefolgert, dass sich die Auslegung, sobald ein übereinstimmender Wille der Parteien festzustellen ist, auch über einen entgegenstehenden Wortlaut hinwegsetzen kann, so dass der objektive Erklärungsinhalt dann irrelevant ist (sogenannte **falsa demonstratio non nocet**). Eine solche Interpretation ist bei Gesetzen nicht möglich, da der Wortlaut des Gesetzes hier die äußerste Grenze der Auslegung bildet.

2. Die grammatische Auslegung

Wortsinn erfassen

Mit der grammatischen Auslegung sollte die Auslegung einer Norm begonnen werden. Unter diesem Auslegungskriterium versteht man die

Aufgabe, **den Wortsinn einer Norm**, also ihre Bedeutung im allgemeinen Sprachgebrauch zu erfassen.

Merke: Bei der Wortlautauslegung wird die Norm anhand des allgemeinen und fachlichen Sprachgebrauchs interpretiert.

Abgesehen von der Wortsinnbedeutung nach dem *allgemeinen* Sprachgebrauch gibt es Formulierungen, die vom Gesetzgeber in einer *besonderen Bedeutung* verwendet werden. Diese besondere Bedeutung beschränkt dann die Bedeutungsmöglichkeiten, die dieser nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zukommen. Beispiele für eine unterschiedliche Bedeutung zwischen dem allgemeinen und dem besonderen Sprachgebrauch des Gesetzgebers finden sich häufig.

Allgemeiner und besonderer Sprachgebrauch

Beispiel:

Benötigen Sie für einen Fernsehabend einen Videofilm oder eine DVD, so wenden Sie sich in der Regel an einen „Videoverleih“. Doch handelt es sich bei dessen Geschäften rechtlich nicht um eine Leihe (§ 598 BGB), sondern um eine Miete (§ 535 BGB), da für die Nutzung des Videos ein Entgelt gezahlt wird, die Leihe hingegen unentgeltlich erfolgt. Geht ihnen beim Backen am Wochenende der Zucker aus, so „leihen“ Sie sich - wieder nach dem allgemeinen Sprachgebrauch - in der Nachbarschaft ein Pfund Zucker, und versprechen den Zucker am Montag zurückzugeben. Dieser Vorgang ist rechtlich aber nicht als Leihe (§ 598 BGB), sondern als Sachdarlehen (§ 607 BGB) zu qualifizieren, da die Leihe voraussetzt, dass der konkrete Gegenstand wieder zurückgegeben wird (§ 604 BGB). Dies ist nach dem Verbrauch des Zuckers aber nicht mehr möglich, es kann nur noch ein anderes Pfund Zucker zurückgegeben werden.

Zu beachten ist des Weiteren, dass oftmals auch der spezielle juristische Sprachgebrauch nicht immer einheitlich ist. Daraus folgt, dass auch solche Begriffe, die vom Gesetzgeber in einer besonderen Bedeutung verwendet werden, unterschiedliche Inhalte haben können. Dies hat zur Folge, dass man auch bei einem juristischen Begriff immer dessen konkrete Bedeutung erforschen muss.

Uneinheitlicher juristischer Sprachgebrauch

Beispiel:

So wird der Begriff der Einrede im materiellen Recht anders verstanden als im Prozessrecht (siehe unter C. III. 2. d.). Gleiches trifft auch auf den strafrechtlichen Tatbegriff zu. Selbst innerhalb eines Gesetzbuches werden bisweilen spezielle juristische Begriffe verschieden ausgelegt. Ein Beispiel findet sich wiederum im Strafgesetzbuch, wo von der Rechtsprechung der Begriff der Wegnahme in § 242 StGB und § 289 StGB unterschiedlich ausgelegt wird (vgl. BayObLG v. 9.4.1981, NJW 1981, S. 1745 [1746]).

Die Interpretation im allgemeinen Sprachgebrauch erfolgt durch eigene Wertungen oder aber auch mit Hilfsmitteln. Letztere sind vornehmlich Wörterbücher oder Lexika, wobei deren Nutzung nicht Ausdruck von Hilflosigkeit, sondern legitime Unterstützung ist, denn auch der BGH scheut

Allgemeiner Sprachgebrauch

sich nicht, den „Duden“, den „Brockhaus“, insbesondere aber den „Wahrig“, zu Rate zu ziehen. Es sei in diesem Zusammenhang aber nochmals darauf hingewiesen, dass die eigene Interpretation eines Rechtsbegriffs fehlerhaft, wenn eine Legaldefinition des Begriffes besteht (siehe unter C. III. 2. c). Hier kann es aber unter Umständen nötig sein, die Begriffe, die die Legaldefinition enthält, ihrerseits wieder auszulegen.

Wortsinn eröffnet
i.d.R. viele
Interpretationen

Bei der Ermittlung des Wortsinns wird der Auslegende häufig feststellen, dass ein Begriff eine **Vielzahl** von verschiedenen **Interpretationsmöglichkeiten** bietet.

Beispiel:

Wenn in einem Rechtssatz der Begriff „Kinder“ zu interpretieren ist, so kann man darunter zum Beispiel leibliche Kinder, eheliche Kinder, uneheliche Kinder, Adoptivkinder, Enkelkinder oder Pflegekinder verstehen.

Funktion: Grenze
der Auslegung
bestimmen

Sobald auf den allgemeinen Sprachgebrauch eines Begriffs abgestellt wird, so hat er bei der Ermittlung der Bedeutung eines Ausdrucks die Funktion, die **Grenze** der Auslegung zu bilden. Jede Interpretation, die nicht mehr von der Wortlautauslegung gedeckt ist, sprengt den Rahmen der Auslegung und gehört in den Bereich der Rechtsfortbildung, für die spezielle Voraussetzungen gelten. Wegen dieser Begrenzungsfunktion hat bei der Wortlautauslegung immer eine weite Auslegung zu erfolgen.

Ob eine Auslegung noch im Rahmen des allgemeinen Sprachgebrauchs eines Begriffes liegt, hängt davon ab, was als sprachlich möglich anzusehen ist. Hierzu bemerkt LARENZ (a.a.O., S. 322): „Unter dem möglichen Wortsinn verstehe ich alles, was nach dem allgemeinen oder dem jeweils als maßgeblich zu erachtenden Sprachgebrauch dieses Gesetzgebers - wenn auch vielleicht nur unter besonderen Umständen - noch als mit diesem Ausdruck gemeint verstanden werden kann“. Alle Interpretationen, die über den Wortsinn hinausgehen, sind nicht mehr im Rahmen der Auslegung möglich. Gewiss ist es oftmals schwierig, angesichts der Weite und Unbestimmtheit vieler Formulierungen die Grenze des möglichen Wortsinns festzulegen.

Beispiel:

Im Urteil des BGH vom 13.9.1957 (BGHSt 10, S. 375) wurden die Grenzen der Auslegung sicher überschritten. Gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 6 des Preußischen Gesetzes betreffend den Forstdiebstahl (PrFDG) trat eine Strafschärfung beim Forstdiebstahl ein, „wenn zum Zwecke des Forstdiebstahls ein bespanntes Fuhrwerk, ein Kahn oder ein Lasttier mitgebracht ist“. Im Fall hatte der Dieb zum Zwecke des Forstdiebstahls ein Kraftfahrzeug mitgebracht, so dass die Strafschärfung fraglich war. Hierzu hatte der BGH ausgeführt, dass ein Kraftfahrzeug dem Wortlaut nach nicht unter die Vorschrift falle, wohl aber nach ihrem Sinn. Alle Ausführungen zum Sinn der Vorschrift sind hier deplatziert, da der Wortsinn „bespanntes Fuhrwerk“ die Interpretationsmöglichkeit Kraftfahrzeug nicht umfasst, denn es muss

sich um ein mit Zugtieren (z.B. Esel oder Pferd) bespanntes Fahrzeug handeln. Der BGH hätte hier den Weg der Rechtsfortbildung einschlagen müssen, um ein Kraftfahrzeug unter den Begriff des bespannten Fuhrwerks subsumieren zu können. Da im Strafrecht eine Rechtsfortbildung zu Lasten des Täters aber nicht möglich ist, durfte die Strafschärfung nicht Platz greifen.

3. Die systematische Auslegung

Nachdem Sie im Wege der grammatischen Auslegung in der Regel ein ganzes Bündel möglicher Interpretationen eines Ausdrucks gefunden haben, sind mit Hilfe der **systematischen Auslegung** die Bedeutungsvarianten weiter zu reduzieren.

Gesetzlicher
Bedeutungs-
zusammenhang

a) Bedeutungszusammenhang

Unter der systematischen Auslegung versteht man die Interpretation eines Begriffs aus der Sichtweise des Bedeutungszusammenhanges, in dem er im Gesetz verwendet wird.

Hiermit wird versucht, dem Umstand gerecht zu werden, dass eine Norm nicht ohne Rücksicht auf ihr *Umfeld* betrachtet werden kann, sondern nur Teil eines Ganzen, nämlich eines Gesamtregelungskomplexes ist. Dieser Einbettung in den Gesamtzusammenhang darf die Auslegung nicht widersprechen, im Gegenteil: es muss eine Interpretation getroffen werden, die ein Zusammenwirken der Regelungen innerhalb der Rechtsordnung erreicht.

Merke: Bei der systematischen Auslegung wird die Norm in ihrem Bedeutungszusammenhang interpretiert.

Wesentlich, um den Bedeutungszusammenhang zu erfassen, ist die Struktur und der Aufbau des Gesetzes. So kann die **Überschrift** des Gesetzesabschnitts, in den der zu interpretierende Begriff eingebettet ist, einen Anhaltspunkt für die Bedeutung geben. Denn Abschnitte umklammern zusammengehörende Regelungsbereiche, so dass innerhalb eines solchen Abschnitts die Regelungen von übergreifenden einheitlichen Gedanken geleitet werden, denen die Interpretation entsprechen muss.

Struktur und Aufbau
des Gesetzes
erfassen!

Beispiel:

So wird aus der Stellung des § 990 BGB, d.h. innerhalb der Vorschriften des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses, geschlossen, dass der Anspruch nur gegenüber dem unrechtmäßigen Besitzer, also dem Besitzer, der gegenüber dem Eigentümer kein Recht zum Besitz hat, eingreift.

Der Bedeutungsgehalt einer Norm kann auch durch die Aussage einer anderen – meist benachbarten - Norm erschlossen werden.

Normzusammen-
hänge

Beispiel:

Wenn eine Bürgenerklärung vom Bürgen unterschrieben wird und sodann an den Gläubiger gefaxt wird, stellt sich die Frage, inwieweit durch das Fax das Schriftformerfordernis des § 766 BGB gewahrt ist. Die Anforderungen an die gesetzlich angeordnete Schriftform sind in § 126 BGB geregelt. Danach ist die Urkunde eigenhändig zu unterschreiben. Auf dem ankommenden Fax befindet sich aber nicht die eigenhändige Unterschrift, sondern nur eine Kopie derselben. Damit ist die Schriftform nicht gewahrt. Dieses Ergebnis lässt sich systematisch auch durch die Vorschrift des § 127 Abs. 2 BGB ableiten. Dort ist geregelt, dass die *rechtsgeschäftlich* vereinbarte schriftliche Form auch dann gewahrt ist, wenn Erklärungen telekommunikativ also z.B. per Fax, übermittelt werden. Wäre dies auch bei der *gesetzlich* angeordneten Schriftform der Fall, hätte es der Regelung des § 127 Abs. 2 BGB nicht mehr bedurft. Denn § 126 BGB gilt nach § 127 Abs. 1 BGB ohnehin für die rechtsgeschäftlich vereinbarte Schriftform. Aus einem Umkehrschluss zu § 127 Abs. 2 BGB lässt sich daher das bereits durch eine grammatikalische Auslegung des Begriffs „Schriftform“ gefundene Ergebnis stützen.

Verfassungskonforme Auslegung

b) Verfassungskonforme Auslegung

Unterfall der systematischen Auslegung ist die **verfassungskonforme Auslegung**, die besonders im öffentlichen Recht zur Anwendung kommt. Leitgedanke der verfassungskonformen Auslegung ist, dass Rechtsnormen nicht im Widerspruch zur Verfassung oder zu höherrangigem Recht insgesamt stehen dürfen. Sie ist insoweit Ausdruck des Ihnen bereits bekannten Geltungsvorranges (siehe unter C. III. 3. a.), wonach niederrangiges am höherrangigen Recht gemessen wird (*lex superiori derogat legi inferiori*). Deswegen ist bei mehreren möglichen Auslegungsergebnissen dasjenige auszuwählen, bei dem die Norm mit dem Verfassungsrecht im Einklang steht. Sollte jedes denkbare Auslegungsergebnis vor der Verfassung keinen Bestand haben, so ist die Norm als verfassungswidrig zu verwerfen.

Beispiel:

A war Leiter einer aus aktuellem Anlass kurzfristig organisierten Versammlung. Er wurde gemäß § 26 Nr. 2 Versammlungsgesetz (VersG) zu einer Geldstrafe verurteilt, da die Versammlung nicht angemeldet war. Die Problematik des Falles besteht darin, dass § 14 VersG die Anmeldungspflicht von Versammlungen oder Aufzügen unter freiem Himmel normiert, wobei die Anmeldefrist auf 48 Stunden festgelegt ist. Diese Frist ist grundsätzlich verfassungsgemäß, da Veranstaltungen unter freiem Himmel wegen ihrer Außenwirkung besondere Vorkehrungen erfordern und der Verwaltung damit die Möglichkeit gegeben sein muss, erforderlichenfalls Auflagen zu Ort und Zeit der Versammlung anzuordnen.

Seit dem Brokdorfurteil des Bundesverfassungsgerichts ist anerkannt, dass diese Anmeldungspflicht für sogenannte Spontanversammlungen schon aus tatsächlichen Gründen nicht gelten kann und ein Verbot von Spontanversammlungen gegen Art. 8 GG verstoßen würde (BVerfG v. 14.5.1985, NJW 1985, S. 2395).

Hier handelte es sich aber um eine Eilversammlung. Dies sind solche Versammlungen, die im Gegensatz zu Spontanversammlungen einen Leiter haben und geplant sind, die aber ohne Gefährdung des Demonstrationszweckes nicht innerhalb der Frist angemeldet werden können. Aus § 14 VersG würde, da diese Versammlung nicht mit einer Frist von 48 Stunden angemeldet werden kann, die Unzulässigkeit der Eilversammlungen folgen. Dies würde wiederum der in Art. 8 GG verbürgten Versammlungsfreiheit widersprechen und zur Verfassungswidrigkeit von § 14 VersG führen.

Aus diesem Grunde hat das Verfassungsgericht festgestellt, dass Eilversammlungen bei verfassungskonformer Interpretation von § 14 VersG anzumelden sind, sobald die Möglichkeit dazu besteht (BVerfG v. 23.10.1991, NJW 1992, S. 890). Dies bedeutet, dass im Ergebnis eine verkürzte Anmeldepflicht durch das BVerfG aufrechterhalten wurde. Folglich wurde ein Auslegungsergebnis gewählt, bei dem die in Rede stehende Norm des § 14 VersG noch Bestand haben konnte. Wie schmal der Grat zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung ist, zeigt aber auch dieses Beispiel, denn zwei Richter konnten sich der mehrheitlichen Auffassung des Senats nicht anschließen, da nach ihrer Auffassung eine verfassungskonforme Auslegung wegen des Wortlauts des § 14 VersG nicht möglich sei (BVerfG v. 23.10.1991, NJW 1992, S. 891).

c) Richtlinienkonforme Auslegung

Richtlinienkonforme Auslegung

Das EG-Recht gewinnt zunehmend an Bedeutung für die nationale Rechtsordnung. Teilweise ist das EG-Recht für die Bürger der Mitgliedstaaten unmittelbar verbindlich (Verordnungen), teilweise bedarf es einer Umsetzung in nationales Recht (Richtlinien). In der deutschen Rechtsordnung gibt es nicht wenige Normen, die in Vollzug einer EG-Richtlinie erlassen worden sind. Daneben gibt es auch früher erlassenes Recht, auf das EG-Richtlinien ausstrahlen. Als Beispiel für solche Normen seien an dieser Stelle nur das Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG) sowie die Vorschriften im BGB über die Regelung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen genannt.

Widerspricht eine im konkreten Fall einschlägige europäische Norm einer nationalen Norm, so hängt die Lösung dieser Kollision davon ab, ob es sich bei der widersprechenden europäischen Norm um eine Richtlinie oder um eine Verordnung handelt.

Widerspricht eine nationale Norm einer Richtlinie, gilt der **Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung**. Hierunter versteht man, dass die nationale Norm nicht im Widerspruch zur Richtlinie stehen darf. Führt die Auslegung der nationalen Norm zu unterschiedlichen Ergebnissen, gebührt derjenigen möglichen Auslegung der Vorzug, die der Richtlinie entspricht. Hierzu ist zunächst zu untersuchen, ob die betreffende Richtlinie eine Definition oder sonstige Begriffsbestimmungen enthält. Anschließend ist dann der nationale Begriff anhand dieser Vorgaben auszulegen. Auch wenn das nationale Recht von der Richtlinie abweicht, steht es nicht automatisch im Widerspruch zum europäischen Recht.

Oftmals sieht die Richtlinie nämlich die Möglichkeit einer anderweitigen Regelung vor, z.B. ist es den Nationalstaaten nicht verwehrt, strengere Schutzstandards zu erlassen.

Als Beispiel für eine richtlinienkonforme Auslegung mag das Urteil des Bundesgerichtshofes vom 9.3.1993 (NJW 1993, 1594) dienen. Hier wird erörtert, ob eine Bürgschaftserklärung nach § 1 des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften (HaustWG), jetzt geregelt in § 312 BGB, widerrufbar ist. Im Kern geht es darum, eine Bürgschaftserklärung wirtschaftlich schwächerer Personen für unwirksam erklären zu können, wenn die Bürgschaftserklärung in einer Situation, die § 312 Abs. 1 Nr. 1-3 BGB beschreibt, abgegeben wurde. Diese Situationen sind (verkürzt) die Abgabe einer Willenserklärung am Arbeitsplatz oder in der Privatwohnung, bei einer Freizeitveranstaltung oder im Anschluss an ein überraschendes Ansprechen in öffentlichen Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlicher Verkehrswege.

Die Anwendbarkeit des § 312 BGB setzt aber unabhängig von diesen Situationen zunächst voraus, dass die Vorschrift auf Bürgschaftserklärungen überhaupt Anwendung findet. Dann müsste die **Bürgschaft** nämlich ein „**Vertrag über eine entgeltliche Leistung**“ im Sinne des § 312 Abs. 1 BGB sein. Der IX. Zivilsenat des BGH hatte dies verneint, weil die Bürgschaft kein Vertrag über eine entgeltliche Leistung, sondern eine einseitig übernommene Verbindlichkeit des Bürgen sei (NJW 1991, 975).

Gegen diese Entscheidung erhob sich Kritik, da das damalige Haustürwiderrufgesetz vom deutschen Gesetzgeber im Hinblick auf die beabsichtigte europäische Rechtsangleichung verabschiedet wurde. Genauer lag der Verabschiedung die vom Rat der EG erlassene Richtlinie vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz in Fällen außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Verträge zugrunde. Diese Richtlinie enthält die Einschränkung des Widerrufs auf „Verträge über eine entgeltliche Leistung“ nicht. Im Gegenteil, sie bezieht in ihrer Präambel ausdrücklich einseitige Verpflichtungserklärungen mit in den Regelungsbereich der Richtlinie ein.

Zur Lösung dieses Widerspruchs zwischen dem nationalen Recht und der Richtlinie führte der BGH (NJW 1993, 1594, 1595) aus:

„Um insoweit Konflikte zwischen innerstaatlichem und europäischem Recht zu vermeiden, liegt es nahe, die notwendige Übereinstimmung durch gemeinschaftskonforme Auslegung des Haustürwiderrufgesetzes sicherzustellen. Auch in vergleichbaren Fällen ist der BGH davon ausgegangen, dass der deutsche Gesetzgeber nicht hinter den Anforderungen einschlägiger EG-Richtlinien zurückbleiben wollte. Der erkennende Senat neigt daher dazu, in erweiternder Auslegung des Begriffs „Vertrag über eine

entgeltliche Leistung“ eine Anwendung des § 1 HausTWG (heute § 312 BGB, Anm. des *Verfassers*) nur bei Verträgen zu verneinen, bei denen der Kunde eine Leistung erhält, ohne selbst dafür ein Entgelt zahlen zu müssen; bei derartigen, ihn einseitig begünstigenden Vereinbarungen ist der Kunde nicht schutzbedürftig. Bei Verträgen, die umgekehrt nur eine einseitige Leistungsverpflichtung des Kunden, aber kein von der anderen Vertragspartei zu zahlendes Entgelt vorsehen, erscheint das Bedürfnis des Kunden nach Schutz vor Überrumpelung sogar größer als in Fällen, in denen ihm für seine Leistung irgendein - sei es auch noch so geringes - Entgelt versprochen oder gezahlt wird. **Eine Auslegung, die sich an der EG-Richtlinie** und dem Schutzzweck des Haustürwiderrufgesetzes **orientiert** [Hervorhebung durch Verfasser], muss es auf jeden Fall genügen lassen, wenn eine Gegenleistung der anderen Vertragspartei zwar nicht zum Vertragsinhalt gehört, wenn der Kunde aber sein Leistungsversprechen in der – dem Gegner erkennbaren – Erwartung abgibt, ihm selbst oder einem bestimmten Dritten werde daraus irgendein Vorteil erwachsen. Versteht man den Begriff „Vertrag über eine entgeltliche Leistung“ in diesem weiteren Sinne, so umfasst er auch eine Bürgschaft, die vom Kunden übernommen wird, damit der Gläubiger dem Hauptschuldner ein Darlehen gewährt oder überlässt.“

Die Ausführungen des Senats vermögen zu überzeugen. Die Bürgschaft wird man zumindest dann als entgeltlichen Vertrag ansehen müssen, wenn sich jemand in der Erwartung verbürgt, dass ihm oder einem Dritten, dem Darlehensnehmer, hieraus ein Vorteil entsteht. Diese Ansicht vertritt auch der EuGH (NJW 1998, 1295), der jedoch aufgrund der Akzessorietät zwischen Bürgschaft und Hauptschuld davon ausgeht, dass der Bürgschaftsvertrag nur dann den Regelungen des Haustürgeschäftes unterliegt, wenn auch das abzusichernde Darlehen in einer solchen Situation eingegangen wurde.

In diesem Zusammenhang ist des Weiteren zu beachten, dass auch der EuGH eine richtlinienkonforme Auslegung verlangt, um so trotz fehlender Umsetzung von Richtlinien in nationales Recht und fehlender horizontaler Drittwirkung nach erfolglosem Ablauf der Umsetzungsfrist eine Umsetzung der Richtlinien zu erreichen. Voraussetzung für eine richtlinienkonforme Auslegung in diesem Sinne ist, dass die Regelung der Richtlinie unbedingt und hinreichend bestimmt ist und dass das Recht des Mitgliedstaates eine Auslegung im Sinne der Richtlinie zulässt.

Handelt es sich bei der widersprechenden Norm um eine **Verordnung**, so gilt im Grundsatz der Vorrang des EG-Rechts vor nationalem Recht. Dieser Vorrang führt aber nicht zu einem Geltungsvorrang im o.g. Sinn (siehe unter C. III. 3. a.), sondern nur zu einem Anwendungsvorrang

(siehe unter C. III. 3. b.). Die nationale Norm ist somit nicht nichtig, sondern nur unanwendbar, solange und soweit die Verordnung gilt.

d) Exkurs: Verfassungsrechtliche Schranken des Gemeinschaftsrechts

Zu beachten ist, dass der Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrechts aus verfassungsrechtlicher Perspektive nicht uneingeschränkt gilt. So werden etwa die Grundrechte oder zumindest deren Wesensgehalt nicht vollständig durch das sekundäre Gemeinschaftsrecht überlagert.

Das Bundesverfassungsgericht hat jedoch seine Überprüfungscompetenz in einer Reihe von Entscheidungen auf die allgemeine Einhaltung eines im wesentlichen gleichen Grundrechtsstandards auf europäischer Ebene beschränkt und dem Europäischen Gerichtshof somit einen weiten Raum bei der grundrechtlichen Prüfung europäischen Rechts eingeräumt.

Die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist der Vollständigkeit halber im Folgenden in ihrem wesentlichen Kern wiedergegeben.

Ganz ursprünglich behielt sich das Bundesverfassungsgericht vor, die Vereinbarkeit von europäischem mit nationalen Recht in jedem Einzelfall selbst zu überprüfen. So stellte es noch in seinem **Solange I** - Beschluss klar, dass wenn ein deutsches Gericht eine entscheidungserhebliche Vorschrift des Gemeinschaftsrechts für unanwendbar hält, weil sie mit einem der Grundrechte des Grundgesetzes kollidiere, die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht zulässig und geboten sei, „**solange** der Integrationsprozeß der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, dass das Gemeinschaftsrecht auch einen Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist...“. (BVerfG v. 29.05.1974, BVerfGE 37, 271). Dabei ist das Verfassungsgericht in seiner Folgerechtsprechung von der Forderung eines geschriebenen Grundrechtskatalogs abgekehrt.

Im Lichte der Grundrechte als ungeschriebene allgemeine Rechtsgrundsätze aufgreifenden Rechtsprechung des EuGH hat das Bundesverfassungsgericht mit seinem **Solange II** - Beschluss eine neue Formel aufgestellt, die einen ausreichenden Grundrechtsschutz auf Gemeinschaftsebene dem Grunde nach anerkennt. Seit diesem Beschluss übt das Bundesverfassungsgericht die Prüfung am Maßstab der Grundrechte nicht mehr aus, „**solange** die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist...“ (BVerfG v. 22.10.1986, BVerfGE 73, 387)

Diese Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht in seinem **Maastricht - Urteil** weiter konkretisiert, und seine Stellung zum Europäischen Gerichtshof als „**Kooperationsverhältnis**“ beschrieben, „...in dem der Europäische Gerichtshof den Grundrechtsschutz in jedem *Einzelfall* für das gesamte Gebiet der Europäischen Gemeinschaften garantiert, das Bundesverfassungsgericht sich deshalb auf eine *generelle* Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards ... beschränken kann.“ (BVerfG v. 12.10.1993, BVerfGE 89, 174)

In diesem Sinne betonte das Bundesverfassungsgericht im Rahmen der **Bananenmarktentscheidung**, dass „Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten, die eine Verletzung in Grundrechten des Grundgesetzes durch sekundäres Gemeinschaftsrecht geltend machen, ... von vornherein unzulässig (sind), wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach Ergehen der Solange II - Entscheidung ... unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei. ... Deshalb muss die Begründung der Vorlage oder einer Verfassungsbeschwerde im Einzelnen darlegen, dass der jeweils als unabdingbar gebotene Grundrechtsschutz generell nicht gewährleistet ist.“ (BVerfG v. 07.06.2000, BVerfGE 102, 147)

Als Ergebnis dieser Rechtsprechungsgeschichte lässt sich demnach festhalten, dass das Bundesverfassungsgericht auf die Ausübung seiner Rechtsprechung im Einzelfall zu Gunsten des Europäischen Gerichtshofes verzichtet. Es behält sich aber eine Entscheidungskompetenz für den Fall vor, dass die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes grundsätzlich (und nicht nur im Einzelfall) unter das Niveau des den deutschen Grundrechten im Wesentlichen vergleichbaren Grundrechtsschutz absinkt.

Den so aufgestellten Prüfungsmaßstab hat das Bundesverfassungsgericht in seinem neueren **Lissabon - Urteil** um zwei weitere Kontrollmaßstäbe ergänzt, die auch den Anwendungsvorrang des Gemeinschaftsrecht im deutschen Rechtsraum einschränken. (BVerfG v. 30.06.2009, NJW 2009, 2267)

Hiernach prüft das Bundesverfassungsgericht zum einen, ob „...Rechtsakte der europäischen Organe und Einrichtungen sich in den Grenzen der ihnen im Wege der begrenzten Einzelermächtigung eingeräumten Hoheitsrechte halten...“ und zum anderen, ob „... der unantastbare Kerngehalt der Verfassungsidentität des Grundgesetzes nach Art. 23 Abs. 1 Satz 3 in Verbindung mit Art. 79 Abs. 3 GG gewahrt ist.“ In diesem Kontext entzieht das Bundesverfassungsgericht konkrete souveränitätsnotwendige Bereiche dem Zugriff des Integrationsprozesses.

Damit hat - wie bereits im Maastricht-Urteil angelegt - das Bundesverfassungsgericht hervorgehoben, dass es auch in jedem

Einzelfall untersucht, ob die Gemeinschaftsorgane den Rahmen der ihnen zugewiesenen Kompetenz eingehalten haben. Zugleich hat es bekräftigt, dass der Anwendungsvorrang des Unionsrechts nur kraft und im Rahmen der fortbestehenden verfassungsrechtlichen Ermächtigung aus Art. 23 GG gilt.

4. Die historische Auslegung

Subjektiver Wille des Gesetzgebers

Im Anschluss an die systematische Interpretation ist, sobald noch mehrere Auslegungsergebnisse in Betracht kommen, eine **historische Auslegung** vorzunehmen. An dieser Stelle ist zu fragen, welche Auslegung der **Vorstellung** des Gesetzgebers am nächsten ist, d.h. es findet der Wille des Gesetzgebers Berücksichtigung bei der Interpretation des Begriffs. Dies wird allerdings dahingehend eingeschränkt, dass eine Betrachtung der Normvorstellung des Gesetzgebers nur dann erfolgen kann, wenn sie im Gesetz hinreichenden Ausdruck gefunden hat (BVerfG v. 17.5.1960, BVerfGE 11, S.126 [131]). Hieran wird erneut deutlich, dass nicht allein die subjektive Sichtweise des Gesetzgebers zur Auslegung herangezogen werden darf (siehe unter D. II. 1.)

Begrenzte Verwertbarkeit

Die Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Gesetzes, die den Kernbereich der historischen Auslegung ausmacht, wird auch als **genetische Interpretation** bezeichnet. Diese stellt aber kein selbständiges Auslegungskriterium dar, sondern ist ein Unterfall der historischen Auslegung. Über den Willen des Gesetzgebers können die Vorstellungen der an der Entstehung des Gesetzes beteiligten Personen Auskunft geben, so dass - soweit vorhanden - die Begründung zum Gesetzentwurf oder die Verhandlungsprotokolle auszuwerten sind. Die Verwertbarkeit der Protokolle, die die Erörterungen in den Gremien oder im Parlament wiedergeben, ist aber nur insoweit möglich, als die dort geäußerten Vorstellungen über die Norm allgemein akzeptiert worden sind und nicht nur die Ansicht eines Mitglieds des Gremiums darstellen. Bei der historischen Auslegung ist zu bedenken, dass der Wert dieses Kriteriums mit dem Alter des Gesetzes abnimmt und insgesamt das Auslegungsergebnis nur stützen oder schwächen, nicht aber den Ausschlag geben kann. In einer Klausursituation kommt hinzu, dass auf die Protokolle nicht zurückgegriffen werden kann. Ein Hinweis ist nur möglich, wenn man den historischen Willen des Gesetzgebers auswendig gelernt hat. Dies ist aber nur in Ausnahmefällen nötig. Regelmäßig kommt man über die übrigen Auslegungsmethoden bereits zu einem hinreichenden Ergebnis.

Merke: Bei der historischen Auslegung findet der Wille des Gesetzgebers Berücksichtigung, entscheidet aber nicht allein.

5. Die teleologische Auslegung

Gesetzeszweck

Die nächste Station der Auslegung bildet die **teleologische Auslegung**. Der Begriff wurzelt im griechischen Wort „*telos*“ (Wortbedeutung: Ziel oder Zweck) und bedeutet im Rahmen der Auslegung, dass vom Interpretieren

der objektive Gesetzeszweck, die „*ratio legis*“ zu ermitteln ist. In die Auslegungsprüfung ist dieses Kriterium so einzubauen, dass gefragt werden muss, ob ein bestimmtes Auslegungsergebnis vom Gesetzeszweck gedeckt oder gefordert wird.

Der teleologischen Auslegung wird allgemein ein **Vorrang** im Verhältnis zu den übrigen Auslegungselementen eingeräumt. Sobald die bisherige Begriffsanalyse noch mehrere Auslegungsergebnisse offen lässt, wird die entscheidende Interpretation mittels dieses Elements getroffen. Die teleologische Auslegung fügt sich also in den durch Wortsinn, Systematik und historische Kriterien vorgegebenen Rahmen ein und soll zu einer Interpretation führen, *die dem Gesetzeszweck möglichst umfassend gerecht wird*.

Vorrangiges
Auslegungs-
kriterium

Merke: Die teleologische Auslegung interpretiert den Begriff nach dem Gesetzeszweck.

Der Gesetzeszweck der Norm wird entscheidend durch die verschiedenen Interessen bestimmt, die der Norm zugrunde liegen, so dass es die vorrangige Aufgabe des Interpreten ist, die vom Gesetz getroffene Interessenlage auszulegen. Dies gilt aber nur, wenn das Gesetz die Interessenlage nicht selbst ausdrücklich bestimmt.

Dem Gesetz
zugrunde liegende
Interessenlage
ermitteln

Bei der Erforschung der Interessenlage werden Änderungen der sozialen Realität im Rahmen der gesetzlich geregelten Interessenlage berücksichtigt, so dass die teleologische Auslegung auch Wandlungen der rechtsethischen Vorstellungen zur Kenntnis nimmt.

Beispiel:

Ein schönes Beispiel für die Berücksichtigung der verschiedenen Interessenlagen findet sich bei der Anfechtung von Willenserklärungen. Grundsätzlich geht es dabei um das **Lösungsinteresse** des Anfechtenden und das **Bindungsinteresse** des Anfechtungsgegners. Die Vorschrift des § 119 Abs. 1 und 2 BGB räumt dem Interesse des Anfechtenden in den genannten Fällen den Vorrang ein, lässt also eine Lösung vom Vertrag zu. Den ebenfalls gewichtigen Interessen des Anfechtungsgegners wird durch § 122 BGB Rechnung getragen, wonach dieser einen Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens hat. Dieser Anspruch besteht aber nicht, wenn der Anfechtungsgegner eine Ursache für den Irrtum des Anfechtenden gesetzt hat, weil bei dieser Sachlage dessen Schutzwürdigkeit entfällt.

Nach der abstrakten Ermittlung der Interessenlage und deren Bewertung durch den Gesetzgeber muss also die Interessenlage im konkreten Fall erarbeitet werden.

Inwieweit im Rahmen der teleologischen Auslegung auch eine Berücksichtigung der durch diese eintretenden Folgen möglich ist (Folgenbetrachtung oder Folgenberücksichtigung), wird unterschiedlich beurteilt. Die Vertreter dieser Auffassung berücksichtigen dabei, welche – über die

Folgenbetrachtung

unmittelbaren Rechtsfolgen hinausgehenden – Folgen bei einem bestimmten Auslegungsergebnis eintreten und wie sich die Folgen bei einer anderen Entscheidung auswirken. Eine Folgenbetrachtung kommt nur dann in Betracht, wenn und soweit dem Rechtsanwender aufgrund der Auslegung anhand der anderen Kriterien ein Entscheidungsspielraum verblieben ist. Die Probleme der Folgenbetrachtung liegen eindeutig darin, dass eine zu starke **Subjektivierung** eintreten und die Rechtsgewinnung **ergebnisorientiert** erfolgen könnte. Diese Gefahr erkannte schon Goethe, der in den *Zahmen Xenien* den Juristen ironisch ans Herz legt: „Im Auslegen seid frisch und munter! Legt ihr's nicht aus, so legt was unter.“

6. Das Verhältnis der Auslegungskriterien

Kombination der Auslegungskriterien

Vereinzelte Hinweise auf das Verhältnis der Auslegungskriterien sind bereits innerhalb der Erörterung der verschiedenen Elemente der Auslegung gegeben worden. Anhand dieser Hinweise sollte zum Ausdruck gekommen sein, dass es sich bei der grammatischen, systematischen, historischen und teleologischen Auslegung um vier Auslegungselemente handelt, die miteinander *zu kombinieren* sind und schließlich in ihrer Gesamtheit die herrschende Methodik der Auslegung darstellen.

Mit grammatischer Auslegung beginnen

Die Verbindung der Kriterien besteht in einer **gegenseitigen Beeinflussung, Ergänzung und Begrenzung**, der man am Besten dadurch gerecht wird, dass die Begriffsinterpretation mit der grammatischen Auslegung begonnen wird, die den Rahmen der Interpretation vorgibt. Zur Einengung der durch die Wortlautinterpretation gefundenen Interpretationsmöglichkeiten dienen dann die systematische, historische und teleologische Auslegung, die in dieser Reihenfolge geprüft werden sollten. Es ist aber nochmals auf die **herausgehobene Stellung** des teleologischen Kriteriums hinzuweisen, die mit der Umschreibung als „*Primus inter pares*“ gekennzeichnet werden kann. Dies darf aber nicht so gedeutet bzw. umgesetzt werden, dass die anderen Kriterien völlig vernachlässigt werden: eine Interpretation über den Wortsinn hinaus kann auch nicht im Wege der teleologischen Auslegung erreicht werden. Vielmehr hat eine Prüfung der Elemente im Idealfall ein ständiges Untermauern der Auslegungshypothese zum Ziel, deren Fundament mit jedem Auslegungselement fester wird.

7. Abschlussfall zur Auslegung

Um die Struktur der Auslegung nochmals zu verdeutlichen, wird im Folgenden der Begriffsinhalt einer Norm anhand der Auslegungscanones konkretisiert.

Sachverhalt (**nach BGH v. 23.11.2004, BGHZ 161, 145 ff.**):

Matthias (M) ist Mieter in einem Wohnhaus des Volker (V). M behauptet, dass V ihn während einer Auseinandersetzung tätlich

angegriffen habe. M macht deshalb Schadensersatz in Höhe von 250,- € beim zuständigen Amtsgericht geltend. Der Richter (R) weist die Klage direkt als unzulässig ab, weil er der Meinung ist, M und V hätten zuvor ein außergerichtliches Schlichtungsverfahren durchführen müssen. M meint, er könne das Schlichtungsverfahren auch noch während der langen Dauer des Verfahrens vor dem Amtsgericht nachholen.

Lösungshinweis:

R könnte der Klage nur stattgeben, wenn diese zulässig und begründet ist. Die Zulässigkeit hat der Richter vor der Begründetheit zu prüfen. Eine der einzuhaltenden Zulässigkeitsvoraussetzungen ist bei dem vorliegenden Streitwert von 250,- € die außergerichtliche Streitschlichtung nach § 15a EGZPO. Fraglich und streitentscheidend ist jedoch, ob diese Zulässigkeitsvoraussetzung bereits bei Einreichung der Klage vorliegen muss oder ob sie auch noch während des Prozesses bis zur letzten mündlichen Verhandlung nachgeholt werden kann. Im letzteren Fall hätte R die Klage zumindest zu diesem Zeitpunkt noch nicht als unzulässig zurückweisen dürfen.

Ob die Zulässigkeitsvoraussetzung bereits bei Klageerhebung vorliegen muss, ist durch Auslegung des § 15a EGZPO zu ermitteln. Der **Wortlaut** der Vorschrift sieht vor, dass die Erhebung der Klage erst zulässig ist, nachdem ein Schlichtungsverfahren erfolglos durchgeführt wurde. Hierdurch wird bereits zum Ausdruck gebracht, dass die Durchführung des Schlichtungsverfahrens nicht nur eine Zulässigkeitsvoraussetzung sein soll, die erst zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vorliegen muss. Vielmehr spricht der Wortlaut dafür, dass bereits vor Beginn des Prozesses ein Schlichtungsverfahren durchgeführt sein muss.

Diese Wortlautauslegung wird durch **systematische Erwägungen** gestützt. Während § 15a EGZPO auf das Schlichtungsverfahren vor Erhebung der Klage abstellt, ist in § 253 ZPO die Klageerhebung näher umschrieben. Danach ist die Klage erhoben, wenn die Klage dem Beklagten zugestellt wurde. Auch unter Berücksichtigung des zivilprozessualen Begriffs der Klagezustellung ergibt sich also, dass das Schlichtungsverfahren bereits zu Beginn des Prozesses erfolglos durchgeführt worden sein muss. Auch die Regelung des § 15a Abs. 1 S. 2 EGZPO spricht für ein obligatorisches Schlichtungsverfahren vor Klageerhebung. Danach hat der Kläger mit der Klage eine Bescheinigung über die erfolglose Durchführung des Schlichtungsverfahrens einzureichen. Mit der Klage kann die Bescheinigung aber nur eingereicht werden, wenn die Schlichtung der Klageerhebung zeitlich vorausgeht.

Eine **historische Auslegung** spricht ebenfalls für die bisher gefundene Interpretation. In dem Gesetzentwurf zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung heißt es, dass eine ohne Einigungsversuch erhobene Klage unzulässig sei. Auch der Gesetzgeber stellt damit als entscheidenden Zeitpunkt auf die Klageerhebung und nicht auf die letzte mündliche Verhandlung ab.

Eine Auslegung nach dem **Sinn und Zweck** der Norm führt zu dem gleichen Ergebnis. Die Norm soll einer Entlastung der Gerichte dienen. Durch ein obligatorisches außergerichtliches Streitschlichtungsverfahren soll die Möglichkeit geschaffen werden im Vorfeld der gerichtlichen Auseinandersetzung Streitigkeiten beizulegen. Hierdurch können Konflikte rascher und kostengünstiger erledigt werden als durch die direkte Inanspruchnahme der Gerichte. Dieser Zweck kann nur erreicht werden, wenn die Rechtsuchenden tatsächlich bereits vor Anrufung der Gerichte eine Streitschlichtung erfolglos versucht haben. Ansonsten könnten die Rechtsuchenden zunächst das Gericht anrufen, ohne rechtliche Nachteile zu befürchten. Dann wäre aber eine Entlastung der Gerichte kaum zu erreichen. Stattdessen könnte sich der Rechtsverkehr auf ein von vornherein geplantes paralleles Vorgehen einrichten. Die Geltendmachung eines Anspruchs würde sowohl vor Gericht, als auch zeitgleich bei einer außergerichtlichen Schlichtungsstelle versucht. Hierdurch würde aber eine verstärkte Inanspruchnahme staatlicher Stellen verursacht werden, was aus prozessökonomischer Sicht kontraproduktiv wäre.

M hätte also vor Erhebung der Klage ein Schlichtungsverfahren durchführen müssen. Seine Klage wurde demnach zu Recht als unzulässig abgewiesen.

Die hier dargestellte methodische Interpretation des BGH ist sicher anschaulich und vertretbar, zwingend ist sie keineswegs. Eine korrekte methodische Auslegung produziert keineswegs ein stets „richtiges“ Ergebnis. Es ließe sich auch die Gegenauffassung vertreten. Hierfür könnte man den Wortlaut des § 15a EGZPO dahingehend interpretieren, dass dieser die außergerichtliche Streitschlichtung lediglich als Zulässigkeitsvoraussetzung bezeichne, aber keine Aussage darüber treffe, bis zu welchem Zeitpunkt diese vorzuliegen habe. Systematisch könnte man auf § 278 Abs. 5 ZPO verweisen. Danach kann das Gericht auch während des Verfahrens, also nach Klageerhebung eine außergerichtliche Streitschlichtung vorschlagen und während der Dauer das Ruhen des Verfahrens nach § 251 ZPO anordnen. Daraus kann man ableiten, dass eine Schlichtung auch während eines gerichtlichen Verfahrens durchaus noch sinnvoll sein kann. Auch kann die vom BGH gefundene Bewertung des Sinn und Zwecks der Vorschrift bezweifelt werden. Die Entlastung der Gerichte erscheint zumindest fragwürdig, wenn die Klage zunächst als unzulässig abzuweisen ist und der Kläger (hier M) deshalb nach bereits erhobener

Klage zunächst ein Streitschlichtungsverfahren durchführen muss, um bei Erfolglosigkeit desselben erneut eine Klage einzureichen, die dann zulässig wäre. Das Gericht müsste sich dann nämlich zweimal mit demselben Fall beschäftigen, was sicherlich nicht zu einer Entlastung des Gerichts führt.

Es stellt sich also im Kern die Wertungsfrage, ob quasi generalpräventiv eine „Sanktion“ zu verhängen ist, wenn das Schlichtungsverfahren nicht vor der Klageerhebung durchgeführt wurde und damit zumindest mittelfristig eine Veränderung der Rechtsverfolgungskultur zu erreichen ist. Diese Wertungsfrage nimmt dem Rechtsanwender keine Methodik ab. Die Methodik führt aber zu einer Rationalisierung und zur Transparenz des Entscheidungsprozesses. Hierin liegt ihre Hauptaufgabe.

8. Die Wandelbarkeit des Normverständnisses

Wie Sie bereits festgestellt haben, greift der Richter bei der Auslegung auf **Wertungen** zurück. Er untersucht mittels der Auslegungskriterien den Bedeutungsgehalt einer Norm und versucht zu einer Interpretation zu gelangen, die im Ergebnis dem Gesetzeszweck gerecht werden soll. Dazu muss er allgemeine Wertungsmaßstäbe, Rechtsprinzipien und vieles mehr berücksichtigen und letztlich die Wichtigkeit der gefundenen Entscheidungshilfen abwägen und sich so für eine von mehreren Interpretationsvarianten entscheiden. Schon dieser Vorgang schließt es nicht aus, dass ein anderer Richter in einem gleich gelagerten Fall eine andere interpretative Entscheidung trifft, da er die zugrunde liegenden Wertungsmaßstäbe anders gewichtet. Jedoch bleiben beide Entscheidungen durch die methodengerechte Auslegung objektiv nachprüfbar.

Wertungsmaßstäbe

Abweichende Interpretationen sind vor allem auch dann festzustellen, wenn ähnliche Tatbestände in zeitlichem Abstand zur Entscheidung anstehen. Hier kann man die Frage dann dahingehend konkretisieren, ob der Richter an eine einmal getroffene Auslegung gebunden ist. Zwar ist in der Praxis eine relativ starke Bindung an eine einmal getroffene Auslegung zu erkennen, die man mit dem Hinweis auf die Rechtsicherheit erklären kann. Dennoch ist eine Abweichung möglich, wenn nach der Meinung des Richters die für eine andere Interpretation sprechenden Gründe überzeugender sind. Insoweit erwächst eine Interpretation auch immer aus dem Zeitgeist, der bei einer grundlegenden Wandlung auch eine andere Interpretation erfordern kann. Da das Bürgerliche Gesetzbuch aus dem Jahre 1900 stammt, kann man sich leicht vorstellen, dass einige Normen in ihrer Interpretation durch den Richter nicht unerhebliche Veränderungen oder Ergänzungen erfahren haben.

Wandlung durch
Zeitgeist

Beispiel:

Als Beispiel lässt sich der Begriff der Sittenwidrigkeit in § 138 BGB anführen, der den Zweck verfolgt, dem Missbrauch der Privat-

autonomie entgegenzuwirken. Eine Interpretation dieses Begriffs beruht auf dem sittlichen Maßstab, der durch die herrschenden Wertanschauungen bestimmt wird. Dieser unterliegt dem Wandel und auch die Richter mussten dem Rechnung tragen, wie die Änderung der Rechtsprechung zur Vermietung von Doppelzimmern an Nichtverheiratete (vgl. noch AG Emden v. 11.2.1975, NJW 1975, S. 1363) oder zur Sittenwidrigkeit der Verfügungen von Todes wegen bei Zuwendungen an die Geliebte zeigen (vgl. BGH v. 31.3.1970, NJW 1970, S. 1273 ff.; v. 10.11.1982, NJW 1983, S. 674 ff.). Hier ist ein Beurteilungswandel eingetreten, so dass Zuwendungen von Todes wegen an eine Geliebte nicht mehr grundsätzlich, sondern nur noch in wenigen Ausnahmefällen sittenwidrig sind.

9. Sonderfälle der Auslegung

a) Die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe

Breite Auslegungsspielräume

Um für die Vielzahl der an den Richter herangetragenen Sachverhalte Lösungen bereitzustellen, um also der Vielgestaltigkeit der Lebensverhältnisse gerecht zu werden, verwendet der Gesetzgeber häufig Generalklauseln und unbestimmte Rechtsbegriffe. Die Schwierigkeit einer Auslegung weit gefasster Generalklauseln, wie der in § 242 BGB niedergelegte Grundsatz von „Treu und Glauben“, besteht darin, dass der Wortsinn eine fast unendliche Palette an Interpretationsmöglichkeiten offenlässt, die auch im Wege der systematischen und historischen Auslegung kaum eingeschränkt bzw. konkretisiert werden können. Oftmals wird auch die sich anschließende Frage nach dem *telos* der Norm zu keinem befriedigenden Ergebnis führen. In solchen Fällen darf der Interpret aber nicht in subjektive Interpretationen verfallen. Immer müssen die getroffenen Entscheidungen mittels rechtsmethodischer Grundsätze zumindest **nachprüfbar** sein. Deswegen erfolgt die Anwendung der Generalklauseln durch die Herausbildung von Fallgruppen, wobei für deren Behandlung allgemeine Grundsätze zu entwickeln sind.

b) Die Gefahr der unbegrenzten Auslegung

Problematik der Generalklauseln

Dem aufmerksamen Leser dürfte anhand der bisherigen Ausführungen zur Auslegung aufgefallen sein, wie schwierig es in vielen Fällen ist, eine Grenze der Auslegung zu bestimmen. Dies gilt ganz besonders für die Auslegung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln. Diesen ist eine Gefahr für das Recht immanent, da angesichts der Elastizität der Klauseln der Willkür Wege geebnet werden könnten. Wie gefährlich solche Klauseln und deren Auslegung für das Recht sein können, hat gerade die deutsche Geschichte in Ausmaßen gezeigt, die beängstigend sind.

Durch die bloße Auflistung einiger Beispiele soll an dieser Stelle das Bewusstsein des Lesers für die Gefährdung durch die Auslegung von Generalklauseln durch die Richter geschärft werden, deren Exzesse

BERND RÜTHERS als „Die unbegrenzte Auslegung“ (5. Aufl., 1997) bezeichnet hat.

Wie bereits festgestellt, unterliegt die Interpretation unbestimmter Rechtsbegriffe Wandlungen. Vor allem in den Generalklauseln fanden sich nach 1933 sehr schnell Einbruchstellen für die nationalsozialistische Weltanschauung, die sich in Begriffen wie „gesundes Volksempfinden“ manifestierten. Obschon die Gefahr der unbegrenzten Auslegung auch vor 1933 im Bewusstsein der Juristen vorhanden war, galt die Verwendung von Generalklauseln als weniger gefährlich, wenn deren Anwendung vom „neuen Geist“ getragen sei (vgl. LARENZ, ZHR 100, S. 378 [380]; im Rahmen einer Besprechung von Hedemann „Die Flucht in die Generalklausel“, 1933). Zumeist während einer Übergangszeit sollen sie die Aufgabe erfüllen, dem neuen Geist ohne eine Änderung des Gesetzestextes Rechnung zu tragen (LARENZ, ZHR 100, S. 378 [381]).

Missbrauch der
Generalklauseln im
Nationalsozialismus

Dieser böse Geist wirkte sich beispielsweise auf die Interpretation des Begriffs „wichtiger Grund“ im Rahmen der außerordentlichen Kündigung von Arbeitsverhältnissen gem. § 626 BGB aus.

Beispiel:

So entschied das LAG Frankfurt a.M. bereits in seinem Urteil vom 17.9.1934 (ARS 22, S. 16 ff.), dass die kommunistische Betätigung einer Angestellten wichtiger Grund zur Entlassung sei, denn im nationalsozialistischen Staat könne es keinem Arbeitgeber zugemutet werden, eine kommunistisch eingestellte Frauensperson auch nur einen Tag noch in Arbeit und Brot zu behalten, während Tausende verdienter nationalsozialistischer alter Kämpfer auf der Straße liegen.

Bei der Kündigung aus wichtigem Grund wegen der Zugehörigkeit zum Judentum wurde zunächst noch Zurückhaltung geübt, dergestalt, dass die Zugehörigkeit für sich alleine noch nicht als wichtiger Grund angesehen wurde, wohl aber dann eine Kündigung rechtfertigte, wenn sie eine Gefährdung für den Betrieb mit sich bringe, die für diesen nicht zumutbar sei (RAG v. 28.10.1933, ARS 19, S. 207). Diese Zurückhaltung änderte sich aber schon bald. Schließlich wurde schon ein wichtiger Grund für die Entlassung eines leitenden Angestellten darin gesehen, dass dieser ein mangelndes Verständnis für die nationalsozialistischen Grundforderungen erkennen ließ, die im Fall des RAG v. 23.1.1940 (ARS 38, S. 226 ff.) darin zum Ausdruck kam, dass der Angestellte Einkäufe seiner Frau in einem jüdischen Kaufhaus duldet.

Das RAG argumentierte wie folgt:

“Gute fachliche Arbeit allein genügt zumal in dem heutigen, vom Nationalsozialismus beherrschten Deutschland nicht. Erforderlich ist auch die richtige Einstellung zur nationalsozialistischen Idee Eine der Hauptgrundlagen der nationalsozialistischen Weltan-

schauung bildet ... der Rassegedanke, und zu einer seiner Grundforderungen gehörte daher von Anfang an die Zurückdrängung des Judentums aus seiner beherrschenden Stellung im politischen und geistigen Leben und weiter auch in dem Wirtschaftsleben des deutschen Volkes und seine mögliche Ausscheidung aus diesem. Damit im Zusammenhang stand die Forderung auf Unterlassen des Kaufens in jüdischen Geschäften Die Tatsache des Bekanntwerdens der Einkäufe und deren Duldung durch den Kläger noch in jener Zeit, musste zumal im Zusammenhang mit den erwähnten Umständen, die Stellung des Klägers im Betrieb der Beklagten erschüttern und ... das notwendige vertrauensvolle Zusammenarbeiten mit ihm der Betriebsführung, die, wie dem Kläger bekannt, auf eine nationalsozialistische Grundhaltung in ihrem Betriebe besonderes Gewicht legte, weiterhin unmöglich machen.“

III. Die Rechtsfortbildung

1. Grundfragen der richterlichen Rechtsfortbildung

„Wo die Auslegung endet, beginnt die Rechtsfortbildung“

Die Möglichkeit, eine Norm im Wege der Auslegung auf einen Sachverhalt anzuwenden, endet an der Grenze, die der Wortlaut der Vorschrift bildet. Umgekehrt darf im Wege der Auslegung die Anwendung einer Vorschrift nicht verweigert werden, wenn der Sachverhalt nach dem Wortlaut eindeutig unter den Gesetzestext subsumierbar ist. Geht man bei der Anwendung einer Norm über die Grenze des möglichen Wortsinnes hinaus, liegt ein Fall der **Rechtsfortbildung** vor. So wichtig es ist, sich zu merken, dass der Wortlaut die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung darstellt, so wenig lässt sich diese Grenze präzise bestimmen. Da die Auslegung einer Vorschrift immer eine Wertung enthält und nicht selten Streit über die Grenze des Wortlautes besteht, *ist die Grenze zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung fließend*. Dies äußert sich nicht zuletzt darin, dass häufig – insbesondere in der Rechtsprechung – im Dunkeln bleibt, ob es sich noch um eine restriktive oder extensive Auslegung der Norm oder schon um Rechtsfortbildung handelt.

Bedürfnis für Rechtsfortbildung

Angesichts der Normenflut, die der Gesetzgeber uns beschert, könnte man in Zweifel ziehen, ob überhaupt ein Bedürfnis für Rechtsfortbildung besteht. Die Anzahl der Gesetze und Rechtsnormen erweckt den Anschein, alle Lebenssachverhalte seien abschließend und umfassend geregelt. Tatsächlich gibt es jedoch für zahlreiche Sachverhalte keine subsumtionsfähigen Rechtsvorschriften. Dies ist auf verschiedene Gründe zurückzuführen:

- Erstens kann auch der sorgfältige Gesetzgeber nicht alle denkbaren Gestaltungen erkennen und regeln.

- Zweitens kann der Gesetzgeber die weitere gesellschaftliche und wirtschaftliche Entwicklung nicht sicher voraussehen, so dass zwangsläufig Regelungsdefizite entstehen. Gänzlich unmöglich ist es, dass er wissenschaftliche Entdeckungen voraussieht und hierfür Regelungen schafft.
- Drittens gibt es Rechtsgebiete, in denen kein parlamentarischer Konsens erreichbar ist und es deshalb an Rechtsnormen fehlt. Beispielhaft hierfür ist das Arbeitskampfrecht, in dem – mit Ausnahme der verfassungsrechtlichen Vorschrift des Art. 9 Abs. 3 GG – keine gesetzliche Grundregelung besteht. Dieser Bereich des Rechts ist ausschließlich durch Richterrecht geprägt.

Da auch Fallgestaltungen, für die eine gesetzliche Regelung fehlt, entschieden werden müssen und der Richter sich nicht auf den Standpunkt stellen darf, dass er ohne Gesetz kein Recht sprechen könne (**Rechtsverweigerungsverbot**), ist Rechtsfortbildung erforderlich. Eine gesetzliche Vorschrift, die die grundsätzliche Zulässigkeit oder den Umfang zulässiger Rechtsfortbildung bestimmt, sieht die bundesdeutsche Rechtsordnung jedoch nicht vor. Anders ist dies in Österreich und der Schweiz. Art. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuches enthält beispielsweise folgende Regelung:

Rechtsverweigerungsverbot

„Kann dem Gesetze keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach den Regeln entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Überlieferung.“

Aus dem Fehlen einer solchen Vorschrift im deutschen Recht lässt sich jedoch nicht schließen, dass Rechtsfortbildung grundsätzlich unzulässig sei. Der Vorschrift des § 132 Abs. 4 GVG (Lesen!) ist vielmehr zu entnehmen, dass Rechtsfortbildung im Grundsatz möglich ist. Eine weitere gesetzliche Bestimmung zeigt eine Grenze auf, die für die richterliche Fortbildung des Rechts besteht. § 1 StGB bestimmt:

Grundsätzliche Zulässigkeit der Rechtsfortbildung

„Eine Tat kann nur bestraft werden, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde.“

Diese Vorschrift ist inhaltsgleich mit Art. 103 Abs. 2 GG und enthält den Rechtssatz „*nulla poena sine lege*“. Die Vorschrift verbietet nicht nur die nachträgliche Einführung eines Straftatbestandes, um ein konkret missbilligtes Verhalten strafrechtlich zu ahnden. Sie verbietet generell die Erstreckung einer strafrechtlichen Norm auf einen Sachverhalt, der nach dem Wortlaut nicht erfasst ist. Damit ist die Rechtsfortbildung in Form einer *Analogie zuungunsten des Täters im Bereich des materiellen Strafrechts ausgeschlossen*. Eine Analogie zugunsten des Täters hingegen ist zulässig.

Verbot der Rechtsfortbildung im Strafrecht

Inhalt der Rechtsfortbildung

Der Richter darf, wenn er das Recht fortbildet, nicht nach billigem Ermessen verfahren. Er darf insbesondere nicht lediglich das Ergebnis des zu entscheidenden Sachverhalts im Auge haben. Vielmehr ist es für eine objektivierbare Rechtsfindung erforderlich, **abstrakte Rechtssätze** zu entwickeln, unter die der Sachverhalt subsumiert werden kann.

Entwicklung neuer Rechtssätze innerhalb des Rechtssystems

Der Richter fungiert dabei gewissermaßen als Ersatzgesetzgeber. Da ihm die *demokratische Legitimation* des parlamentarischen Gesetzgebers fehlt, muss er sich jedoch eng an die Entscheidungen halten, die der Gesetzgeber mit bestehenden Vorschriften getroffen hat. Der entwickelte Rechtssatz muss sich also in die Gesamtrechtsordnung einfügen. Das Bundesverfassungsgericht beschreibt die verfassungsrechtliche Problematik der Rechtsfortbildung wie folgt:

„Die analoge Anwendung einfachgesetzlicher Vorschriften ist von Verfassung wegen grundsätzlich nicht zu beanstanden. Verfassungsrechtliche Schranken ergeben sich allerdings aus dem in Art. 20 Abs. 3 GG angeordneten Vorrang des Gesetzes Er gewährleistet als Element des Rechtsstaatsprinzips zugleich das Maß an Rechtssicherheit, das im Interesse der Freiheitsrechte unerlässlich ist. Der Bürger muss sein Verhalten auf den Inhalt der Rechtsordnung einstellen und dementsprechend disponieren können. Hat der Gesetzgeber eine eindeutige Entscheidung getroffen, darf der Richter diese nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen verändern und durch eine judikative Lösung ersetzen, die so im Parlament nicht erreichbar war.“ (BVerfG v. 15.11.1989, NJW 1990, S. 1593).

Keine Rechtsfortbildung contra legem

Damit sind zwei grundsätzliche Gesichtspunkte genannt, die bei der Fortbildung des Rechts stets zu beachten sind. Zum einen darf der Richter das Recht nicht entgegen der gesetzgeberischen Entscheidung fortbilden. Zum anderen muss die Rechtsfortbildung durch die Formulierung abstrakter Rechtssätze erfolgen, die es ebenso wie das Gesetzesrecht erlauben, den Sachverhalt zu subsumieren.

Probleme der Rechtsfortbildung im Studium

Im Rahmen des Studiums wird der Student in zwei typischen Situationen mit der Notwendigkeit einer Rechtsfortbildung konfrontiert.

1. Eine gesetzliche Vorschrift lässt sich nicht auf einen Sachverhalt anwenden, da anderenfalls die Grenze des möglichen Wortsinns überschritten ist. Dennoch erscheint es erforderlich, die Norm auch auf diesen Sachverhalt zu erstrecken, weil sie dem geregelten Sachverhalt vergleichbar ist. Die von der Vorschrift angeordnete Rechtsfolge stellt nach dem Rechtsempfinden eine angemessene Regelung des Sachverhaltes dar.

Kurz: Die Rechtsfolge passt, der Tatbestand hingegen nicht.

2. Ein Sachverhalt fällt nach dem Wortlaut eindeutig in den Rahmen der Anwendbarkeit einer Norm. Das hiermit erzielte Ergebnis – die Rechtsfolge – hingegen stellt kein angemessenes Ergebnis für den Sachverhalt dar. Es widerspricht dem Rechtsempfinden, die Rechtsfolge auszusprechen.

Kurz: Der Tatbestand passt, die Rechtsfolge hingegen nicht.

Um in diesen Fällen ein angemessenes (gerechtes) Ergebnis zu erzielen, muss der jeweilige Anwendungsbereich der Norm erweitert bzw. beschnitten werden. Dies erreicht man durch Analogie bzw. teleologische Reduktion.

2. Die Ausfüllung von Gesetzeslücken durch Analogie

Die Analogie ist die Übertragung der für einen Tatbestand (A) gegebenen Regel auf einen vom Gesetz nicht geregelten, ihm „ähnlichen“ Tatbestand (B). Hiermit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die tatbestandliche Umschreibung eines Sachverhaltes - trotz der Benutzung abstrakter Begriffe - manchmal zu eng ist oder im Verlauf der Zeit zu eng wird. Die vergleichbare (ähnliche) Fallgestaltung wird über eine Analogie mit in den Regelungsbereich einer Norm einbezogen.

Definition

Die Analogie kann sich auf eine einzelne Vorschrift, aber auch auf eine Mehrzahl von Normen stützen. Im Regelfall wird der Analogieschluss aus einer einzelnen Norm gezogen. Diese Form der Analogie nennt man Einzelanalogie oder **Gesetzesanalogie**. In manchen Fällen wird die Analogie auf den Normzweck einer Mehrzahl von Vorschriften gestützt. In diesen Fällen spricht man von **Gesamtanalogie** oder **Rechtsanalogie**.

a) Die Rechtsanalogie

Fälle der Gesamtanalogie sind seltener als Fälle der Gesetzesanalogie. Im Zuge der Schuldrechtsreform aus dem Jahre 2001 hat der Gesetzgeber drei der wichtigsten Fälle der Gesamtanalogie (nämlich die sog. positive Forderungsverletzung (pFV) sowie die culpa in contrahendo (c.i.c) und das Recht zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund nunmehr in das BGB aufgenommen und dafür spezielle Regelungen geschaffen. Die positive Forderungsverletzung ist nunmehr in §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 324 BGB geregelt, die c.i.c. in §§ 311 Abs. 2, 241 Abs. 2, 280 Abs. 1 BGB und die Kündigung von Dauerschuldverhältnissen allgemein in § 314 BGB (soweit nicht Spezialregeln im besonderen Schuldrecht bestehen, z.B. in §§ 626, 712, 723 BGB; §§ 70, 92, 117, 127 HGB). Für den Studenten ist hier als Beispiel und wichtiger Fall der Gesamtanalogie noch der folgende zu erwähnen:

Rechtsanalogie

Die Möglichkeit, auf Unterlassung einer Handlung zu klagen, ergibt sich aus einer Gesamtanalogie zu §§ 12, 862, 1004 BGB. Dort sind spezielle Unterlassungspflichten geregelt für die Verletzung des Namensrechts, des

Unterlassungsanspruch

Besitzes sowie des Eigentums. Aus diesen Spezialregeln kann der Grundgedanke entnommen werden, dass absolute Rechte durch einen Unterlassungsanspruch geschützt sind. Dies führt zum Bestehen eines Unterlassungsanspruchs auch dann, wenn der Anwendungsbereich der zitierten Vorschriften nicht eröffnet ist, z.B. bei der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs oder der in § 823 Abs. 1 BGB ausdrücklich genannten absoluten Rechte (Leben, Gesundheit, Freiheit).

b) Die Gesetzesanalogie

Gesetzesanalogie

Häufiger und für den Studenten wichtiger ist der Fall der **Gesetzesanalogie**. Hier ist in der Regel die dogmatische Herleitung zu erörtern. Daher sollen die Voraussetzungen für den Analogieschluss aus einer einzelnen Norm im Folgenden näher behandelt werden. Die Voraussetzungen zunächst im Überblick:

1. Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes
2. Wertungsgleichheit der Tatbestände aus der Sicht des Normzwecks

aa) Die Feststellung der Lücke im Gesetz

Feststellung einer Gesetzeslücke durch Auslegung

Im Rahmen des ersten Schrittes ist zunächst festzustellen, ob das Gesetz unvollständig ist, also ob eine **Gesetzeslücke** vorliegt. Der Sachverhalt darf keiner anderen Rechtsnorm unterfallen. Im Rahmen der gutachterlichen Prüfung kann dabei stets auf das Ergebnis der zuvor geprüften Norm verwiesen werden. Diese Norm konnte im Wege der Auslegung (zumeist wegen Wortlautverstoßes) nicht auf den Sachverhalt angewendet werden. Damit liegt - ohne dass mit dieser Aussage eine Wertung verbunden ist - eine Gesetzeslücke vor.

Planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes

Das Fehlen einer gesetzlichen Regelung allein reicht jedoch nicht aus, um die Voraussetzungen für einen Analogieschluss zu schaffen. Schließlich kann es sich um ein „beredtes Schweigen“ des Gesetzes handeln, d.h. die Fallgestaltung sollte bewusst keiner Regelung zugeführt werden. Erforderlich ist also eine **planwidrige Unvollständigkeit** des Gesetzes. Die festgestellte Lücke muss im Rahmen des gesetzgeberischen „Plans“ unbeabsichtigt sein. Dies erfordert einen Rückgriff auf den „Plan des Gesetzgebers“. Dieser lässt sich insbesondere aus den Gesetzesmaterialien (historische Auslegung), genauso aber auch aus teleologischen oder systematischen Gesichtspunkten erschließen. Letztlich müssen alle Auslegungsmethoden an dieser Stelle herangezogen werden. Im Grundsatz sind dabei folgende zwei Fälle zu unterscheiden:

Keine Korrektur „bewusster“ Gesetzeslücken

1. *Der Gesetzgeber war sich der Lücke bewusst.* Dann liegt in der Regel keine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vor, denn der Gesetzgeber hat bewusst darauf verzichtet, eine Norm zu schaffen. Diese gesetzgeberische Entscheidung darf der Richter nicht korrigieren.

Aus dieser Erwägung ergibt sich die Ausnahme von der Regel. Die Ausfüllung der bewussten Lücke ist möglich, wenn der Gesetzgeber - was häufig vorkommt - die Problematik der Lösung durch Rechtsprechung und Literatur überlassen hat.

2. *Der Gesetzgeber war sich der Lücke nicht bewusst.* Er hat das Problem nicht erkannt. Damit steht einer Ergänzung des Rechts durch den Richter kein gesetzgeberischer Wille entgegen. Damit spricht das Vorliegen einer unbewussten Lücke dafür, dass eine planwidrige Regelungslücke vorliegt.

Unbewusste
Gesetzeslücke

In dem Zusammenhang der Lückenfeststellung ist der **Umkehrschluss** (*argumentum e contrario*) von Bedeutung. Der Umkehrschluss besagt: „Eben deshalb, weil das Gesetz die Rechtsfolge R nur an den Tatbestand A geknüpft hat, gilt sie für andere Tatbestände, auch wenn diese A ähnlich sein sollten, nicht“ (LARENZ, a.a.O., S. 390). Mit Hilfe des Umkehrschlusses kann das Vorliegen einer Regelungslücke ausgeschlossen werden. Anders als die anderen juristischen Schlussformen ist der Umkehrschluss damit **kein Mittel zur Lückenschließung**, sondern ein Mittel, um das Bestehen planwidriger Lücken auszuschließen. Ist ein Umkehrschluss gerechtfertigt, ist eine Rechtsfortbildung nicht zulässig. Da es bei der Frage, ob der Umkehrschluss zulässig ist, um die Frage nach dem Vorliegen einer Regelungslücke geht, ist die Antwort mit Hilfe der Auslegung nach der bekannten Methode zu gewinnen. Auch hier liegt der Schwerpunkt auf der historischen und teleologischen Auslegung.

Umkehrschluss

bb) Lückenschließung durch Analogieschluss

Ist eine planwidrige Regelungslücke festgestellt, ist zu überprüfen, ob diese Lücke durch Rechtsfortbildung geschlossen werden kann. Hierfür gilt es zu untersuchen, ob die beiden Tatbestände in der für die gesetzliche Bewertung maßgeblichen Hinsicht als gleich bezeichnet werden können, kürzer ausgedrückt: ob eine **vergleichbare Interessenlage** festzustellen ist. In einem ersten Schritt ist zu untersuchen, welcher Normzweck der Vorschrift, die analog angewendet werden soll, zugrunde liegt. Danach ist die Interessenlage des zu behandelnden Sachverhaltes zu analysieren. In einem dritten Schritt sind die beiden Interessenlagen zu vergleichen. Ist die Interessenlage in der für die gesetzliche Bewertung maßgeblichen Hinsicht vergleichbar (*argumentum a simili*), ist eine Analogie gerechtfertigt. Bestehen hingegen wesentliche Unterschiede, kann der Analogieschluss nicht vollzogen werden.

Schließung einer
planwidrigen
Regelungslücke

Hinweis:

Die Bewertung, die einen Analogieschluss rechtfertigt, muss oftmals bereits bei der Frage der Lückenfeststellung vorgenommen werden. Legt der Rechtsanwender die Norm aus, um festzustellen, ob die Gesetzeslücke planwidrig ist, muss folgendes berücksichtigt werden: Bei der

Analogie als Mittel
zur
Lückenfeststellung

Auslegung der Vorschrift sind neben den Absichten des Gesetzesgebers auch allgemeine Rechtsprinzipien heranzuziehen. Bedeutung gewinnt in diesem Zusammenhang das jedem Gesetz zugrunde liegende Prinzip der Gleichbehandlung des Gleichartigen. Regelt der Gesetzgeber von zwei Sachverhalten, die im Sinne der getroffenen Wertung gleich liegen, nur den einen, so liegt hinsichtlich des anderen Falles eine planwidrige Regelungslücke vor. *Somit sind nicht selten zur Feststellung der Planwidrigkeit und bei der Frage der wertungsmäßigen Gleichheit dieselben Erwägungen anzustellen.* Deswegen wird teilweise von der Analogie als Mittel zur Lückenfeststellung gesprochen. In einem solchen Fall kann die Prüfung der Planwidrigkeit der Regelungslücke mit der Prüfung der vergleichbaren Interessenlage zusammengefasst werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Checkliste

Die Prüfungspunkte für eine Analogie im Einzelnen:

1. Vorliegen einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes
 - a) Regelungslücke
 - b) Planwidrigkeit der Regelungslücke
2. Analogieschluss (argumentum a simili)

Wertungsmäßige Gleichheit der Tatbestände aus der Sicht des Normzwecks

Beispiel:

Nach § 442 Abs. 1 S. 2 BGB kann der Käufer Rechte wegen eines Mangels der Kaufsache, den er grob fahrlässig übersehen hat, nur dann geltend machen, wenn der Verkäufer den Fehler der Sache arglistig verschwiegen hat (*Tatbestand A*). Nicht geregelt ist der Fall, dass der Verkäufer einen nicht vorhandenen Vorzug der Sache dem Käufer arglistig vorgespiegelt hat (*Tatbestand B*). Das Vorspiegeln kann nicht im Wege der Auslegung unter das Tatbestandsmerkmal des Verschweigens subsumiert werden. Die Wortlautgrenze wäre hier überschritten. Eine Lücke im Gesetz ist damit gegeben.

Für die weitere Prüfung ist folgende Überlegung maßgebend: In beiden Fällen macht sich der Verkäufer den Irrtum des Käufers über die Beschaffenheit der Sache, der ihm (dem Verkäufer) bewusst ist, arglistig zunutze. Dieses arglistige Ausnutzen des Irrtums des Käufers ist Grund für die gesetzliche Gewährung der Mangelrechte im Falle des arglistigen Verschweigens. Damit gleichen sich beide Fälle in der für die gesetzliche Wertung entscheidenden Hinsicht. Der Unterschied, ob der Irrtum des Käufers durch den Verkäufer nur ausgenutzt oder selbst erregt worden ist, fällt für die Wertung seines Verhaltens nicht ins Gewicht. Das Prinzip der Gleichbehandlung des Gleichartigen gebietet es daher, diese beiden Fälle in der gleichen Weise zu regeln. Damit liegt eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vor. Aus denselben Erwägungen ist eine Wertungsgleichheit der beiden Tatbestände festzustellen.

Die Rechtsfolge des § 442 Abs. 1 S. 2 BGB (*Tatbestand A*) ist damit auf den Fall des arglistigen Vorspiegelns (*Tatbestand B*) zu übertragen. Der Fall des arglistigen Vorspiegelns durch den Verkäufer begründet daher gemäß § 442 Abs. 1 S. 2 BGB analog die Möglichkeit, trotz seiner eigenen Fahrlässigkeit weiter auf Nachlieferung, gegebenenfalls Minderung, Rücktritt oder Schadensersatz (vgl. § 437 BGB) zu bestehen.

cc) Lückenschließung durch Erst-Recht-Schluss

Einen Sonderfall des Analogieschlusses stellt der Erst-Recht-Schluss dar (*argumentum a fortiori* oder *argumentum a maiore ad minus*). Der einzige Unterschied zwischen dem Analogieschluss und dem Erst-Recht-Schluss besteht in der Tatsache, dass der **Normzweck** der Vorschrift, die im Wege der Rechtsfortbildung herangezogen werden soll, auf den zu entscheidenden Fall **noch stärker zutrifft** als auf den gesetzlichen Regelfall. Der gesetzgeberische Zweck wird durch die Anwendung der Normen noch stärker verwirklicht.

argumentum a fortiori

Beispiel:

Ein besonders einprägsames Beispiel für einen Erst-Recht-Schluss bietet § 904 Satz 2 BGB. Nach dieser Vorschrift hat der Eigentümer einer Sache einen Schadensersatzanspruch, wenn ein Dritter zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr, die nicht von dieser Sache ausgeht, auf diese Sache zugegriffen hat und dabei ein Schaden entstanden ist. Nicht geregelt ist der Fall, dass eine von Todesgefahr bedrohte Person zur Rettung in nicht vermögenswerte Güter (körperliche Unversehrtheit) eines anderen eingreift und dieser Schadensersatz von ihm verlangt. Besteht für den Sacheigentümer ein Anspruch auf Schadensersatz, so muss derjenige, der in seiner körperlichen Unversehrtheit verletzt ist, erst recht einen Ersatzanspruch haben, da dieses Rechtsgut höher einzustufen ist (hierzu CANARIS, JZ 1963, S. 655 ff.).

Die Prüfung eines Erst-Recht-Schlusses ist damit nach folgendem Schema vorzunehmen:

Checkliste

1. Vorliegen der planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes
 - a) Regelungslücke
 - b) Planwidrigkeit der Regelungslücke
2. Erst-Recht-Schluss (*argumentum a fortiori*).
Der Normzweck passt auf den zu entscheidenden Fall erst recht.

Beispielfall (**nach BGH v. 11.7.1990, BGHZ 112, S. 122 ff.**):

Beispiel

P betreibt ein Institut für Partnervermittlung. A schließt mit P einen Vertrag, nach dem er gegen eine monatliche Gebühr von € 100,--

wöchentlich eine Partneradresse zugesandt erhält. Da die Partner dem Geschmack des A nicht entsprechen, stellt er seine Zahlungen bald ein, nimmt die Adressen aber noch drei weitere Monate entgegen und verwendet sie. P macht gegenüber A einen Anspruch in Höhe von € 300,- für diese drei Monate geltend.

Lösungsvorschlag:

Ein solcher Anspruch des P gegen A auf Zahlung von € 300,- könnte gemäß § 611 BGB begründet sein. Der Partnerschaftsvermittlungsvertrag ist als Dienstvertrag anzusehen, da die Vergütungsverpflichtung unabhängig vom Erfolg der Vermittlungstätigkeit eintritt. Die Entstehung eines Anspruchs könnte jedoch an § 656 Abs. 1 Satz 1 BGB scheitern. Diese Vorschrift stellt eine rechtshindernde Einwendung dar, die das Entstehen eines Anspruchs für den Fall der Ehevermittlung ausschließt. Da P jedoch ein Gewerbe zur Partnerschaftsvermittlung betreibt, ist die Vorschrift nicht unmittelbar anzuwenden.

Möglicherweise kann § 656 Abs. 1 Satz 1 BGB jedoch analog herangezogen werden. Dies setzt zunächst eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes voraus. Eine dem § 656 BGB entsprechende Vorschrift für Partnerschaftsvermittlungen besteht nicht; eine Regelungslücke liegt damit vor. Diese müsste im Rahmen des gesetzgeberischen Plans unbeabsichtigt sein. Für den Gesetzgeber des BGB bestand keine Notwendigkeit, diesen Fall zu regeln. Die Partnerschaftsvermittlungstätigkeit war nach damaliger Rechtslage eine strafbare Handlung bzw. zumindest sittenwidrig, so dass nach §§ 134 bzw. 138 BGB kein gültiger Vertrag zustande kommen konnte. Die Möglichkeit, dass außereheliche Partnerschaften von der Rechtsordnung - jedenfalls in Teilbereichen - toleriert und gesellschaftlich anerkannt werden, konnte der Gesetzgeber vor fast 100 Jahren nicht in seine Überlegungen einbeziehen. Damit liegt eine planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes vor.

Ein Erst-Recht-Schluss ist dann gerechtfertigt, wenn der gesetzgeberische Zweck auf den zu entscheidenden Fall erst recht passt. Sinn und Zweck des § 656 BGB war es, den Privatbereich zu schützen. Peinlichkeiten und Unzumutbarkeiten, die bei einer Klagbarkeit und der damit verbundenen Beweisaufnahme entstehen würden, sollten vermieden werden. Dieser Gesetzeszweck ist nach Ansicht des BGH bei Partnerschaftsvermittlungsverträgen erst recht betroffen.

Ob in diesem Beispiel tatsächlich ein *argumentum a fortiori* gerechtfertigt ist, kann bezweifelt werden. Jedenfalls liegt aber eine vergleichbare Interessenlage vor, so dass ein *argumentum a simili*

(Analogieschluss) zulässig ist. Die Vorschrift des § 656 Abs. 1 S. 1 BGB ist hier entsprechend anzuwenden. Ein Anspruch des P gegen A auf Zahlung von €300,- ist damit nicht gerechtfertigt.

c) **Exkurs: Rechtsergänzung**

Eine Rechtsergänzung kommt dann in Betracht, wenn eine Analogie ausgeschlossen ist, weil es an einer Norm fehlt, die analog angewendet werden könnte. Auch in diesem Fall hat der Richter mit Blick auf das Rechtsverweigerungsverbot eine Entscheidung zu treffen. Auch in diesem Falle gelten die allgemeinen Voraussetzungen für eine Rechtsfortbildung. Dies bedeutet, dass die Entscheidung mit Hilfe eines Rechtssatzes, der subsumtionsfähig ist, herbeigeführt werden muss. Diesen Rechtssatz gilt es in erster Linie aus allgemeinen Rechtsprinzipien herzuleiten. Derartige allgemeine Rechtsprinzipien sind beispielsweise die Verantwortlichkeit für rechtswidrig-schuldhaftes Handeln, die Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf das Privatrecht und der Vertrauensschutzgrundsatz.

Rechtsergänzung =
Rechtsfortbildung

Im Zivilrecht ist eine Regelungslücke, die eine Rechtssatzergänzung erforderlich macht, selten. Daraus ergibt sich die geringe Bedeutung der Rechtsergänzung in der Praxis und im Studium. Dies gilt umso mehr, als eine Lösung solcher Fälle vorrangig über eine konkretisierende Anwendung der Generalklauseln vorzunehmen ist. So ist beispielsweise dem Grundsatz von Treu und Glauben (§ 242 BGB) eine Reihe von durch die Rechtsprechung konkretisierten Funktionen zu entnehmen. Dazu zählt beispielsweise seine Schrankenfunktion mit dem Verbot des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens, dem Verbot des widersprüchlichen Verhaltens, und dem Gedanken der Verwirkung. Darüber hinaus enthielt § 242 BGB mit den Grundsätzen über das Fehlen und den Wegfall der Geschäftsgrundlage bislang eine Korrekturfunktion, die nach der Schuldrechtsreform freilich durch § 313 BGB n.F. wahrgenommen wird. Eine weitere Korrekturfunktion kommt § 242 BGB noch zu bei der Auslegung zu Lasten dessen, der den Vertrag formuliert hat ("ambiguitas contra stipulatorem" (Zweideutiges gegen den Formulierenden)). Dieser Grundsatz findet sich in § 305c Abs. 2 BGB wieder, aber beschränkt auf die Fälle der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Aber auch außerhalb von AGB wird man wie bisher diesen Auslegungsgrundsatz anwenden müssen, eben über § 242 BGB. In all diesen Fällen finden allgemeine Rechtsprinzipien über die Generalklausel des § 242 BGB Eingang in die Rechtsordnung. Eine zusätzliche Rechtssatzergänzung ist daneben weder erforderlich noch zulässig.

Rechtsergänzung
mittels
Generalklauseln

3. Teleologische Reduktion

a) Grundlagen

Definition

Bei der teleologischen Reduktion ist die Ausgangssituation im Verhältnis zum Analogieschluss umgekehrt. Die Rechtsfolge einer Norm wird nicht angewandt, obwohl die tatbestandlichen Voraussetzungen vorliegen.

Der Tatbestand ist erfüllt, die Rechtsfolge hingegen passt nicht.

Da der Rechtsanwender sich auch bei der teleologischen Reduktion über den Wortlaut der Vorschrift hinwegsetzt, bedarf es auch hier der Formulierung eines Rechtssatzes, der sich an den Zweck der einzuschränkenden Vorschrift oder an den Zweck einer anderen gesetzlichen Vorschrift anlehnt. Der Rechtsanwender schafft sich eine Gegennorm. Es wird eine Ausnahme von der Regel, die die einzuschränkende Norm beschreibt, formuliert.

Verdeckte Lücke

Auch bei dieser Ergänzung des Rechts um einen Rechtssatz handelt es sich um **Lückenfüllung**. Anders als bei der Analogie tritt die Lücke jedoch nicht offen zutage, sondern erschließt sich erst, wenn man den Normzweck berücksichtigt. Stellt man sich die vorhandenen Gesetze als Teppich vor, so wird bei der Analogie ein fehlendes Stück im Teppich („**offene Lücke**“) ergänzt, um den Boden (denkbarer Sachverhalt) geschlossen abzudecken. Die Ausgangslage bei der teleologischen Reduktion ist dadurch gekennzeichnet, dass der Boden (betroffener Sachverhalt) von dem Teppich (konkrete Norm) bedeckt ist. Dennoch liegt keine angemessene Regelung vor. Die Lücke ist durch die tatbestandliche Anwendbarkeit der Vorschrift verdeckt. Insoweit spricht man von einer „**verdeckten Lücke**“.

Prüfungsschritte

Die teleologische Reduktion – die Feststellung und Schließung der verdeckten Lücke – erfolgt in folgenden Schritten:

1. Feststellung des Normzwecks der Vorschrift, die nach dem Wortlaut auf den Sachverhalt Anwendung findet.
2. Prüfung, ob der konkrete Sachverhalt vom Zweck der Norm umfasst wird.

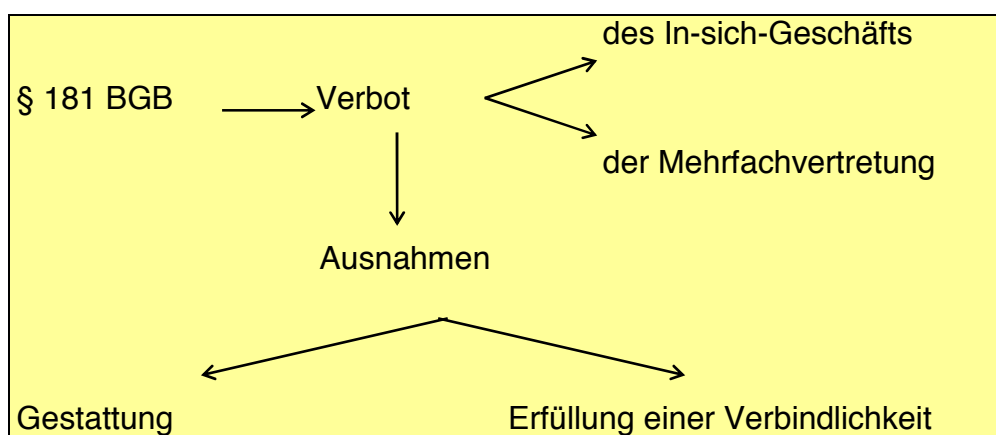
Unterschiedlichkeit der Sachverhalte fordert Rechtsfortbildung

Bei der teleologischen Reduktion müssen also, ebenso wie bei der Analogie, die Sachverhalte aus dem Blickwinkel des gesetzgeberischen Zwecks verglichen werden. *Die Rechtsfortbildung rechtfertigt sich* hier nicht aus der Ähnlichkeit der Sachverhalte, sondern *aus der **Unterschiedlichkeit**, die eine Differenzierung in rechtlicher Hinsicht erforderlich machen.*

b) Beispiel: Verbot des In-sich-Geschäfts (§ 181 BGB)

Schulbeispiel für eine teleologische Reduktion ist die Vorschrift des § 181 BGB (Lesen!). Die Vorschrift verbietet das sogenannte In-sich-Geschäft. Der Abschluss eines Vertrages mit sich selbst als Vertreter eines anderen ist nicht zulässig. Von diesem Verbot regelt § 181 BGB selbst zwei Ausnahmen. Einerseits die „Gestattung“ durch den Vertretenen, andererseits die Fallgestaltung, dass sich das Vertreterhandeln in der „Erfüllung einer Verbindlichkeit“ erschöpft. Die gleiche Regelung gilt in dem Fall, in dem der Handelnde ein Rechtsgeschäft jeweils als Vertreter zweier verschiedener Parteien (Mehrfachvertretung) abschließt. Die Struktur des § 181 BGB verdeutlicht man sich am besten mit Hilfe einer Skizze:

Normstruktur des § 181 BGB



Zweck dieser Vorschrift ist es, den Vertretenen vor den Folgen der Interessenkollision zu schützen, die sich durch die Personenidentität beim Abschluss des In-sich-Geschäftes ergibt. Dieser Normzweck greift jedoch bei solchen In-sich-Geschäften nicht ein, in denen das Rechtsgeschäft dem Vertretenen lediglich einen rechtlichen Vorteil bringt. Dies ist insbesondere bei Schenkungen des gesetzlichen Vertreters an den von ihm vertretenen Geschäftsunfähigen, die der Vertreter für diesen zugleich annimmt, der Fall.

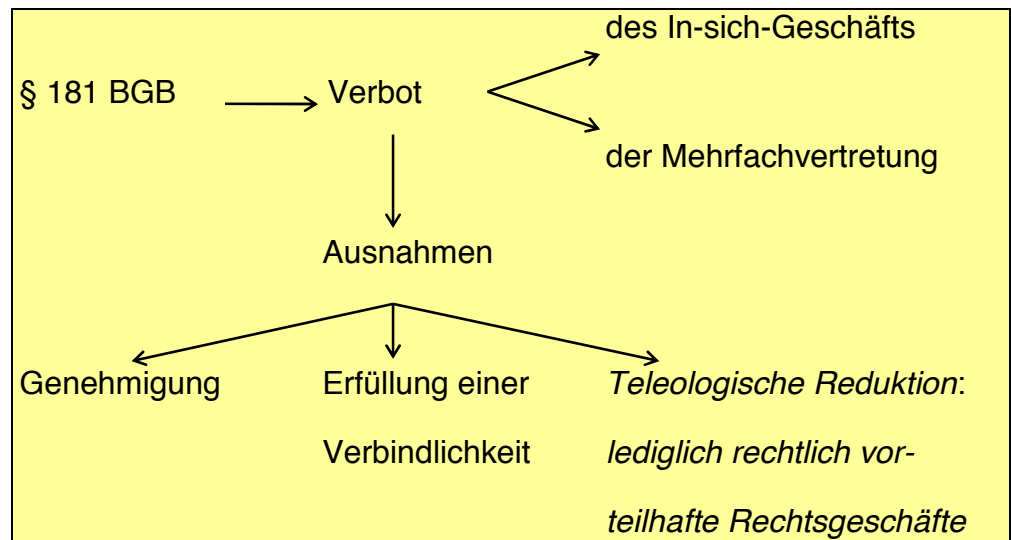
Zweck des § 181 BGB

Beispiel:

Witwer W will seinem 16-jährigen Sohn S eine Freude machen. Deswegen geht er zum Notar N und schließt dort einen formgemäßen Schenkungsvertrag über sein Ferienhaus ab. Er unterschreibt den Vertrag zweimal. Einmal als Schenker. Ein weiteres Mal als der gesetzliche Vertreter seines Sohnes, dem Beschenkten.

Die Ungültigkeit eines solchen Rechtsgeschäfts wäre nicht sachgemäß. Sie liefe dem Gesetzeszweck, dem Schutz des Vertretenen, geradezu entgegen. Eines Schutzes bedarf der Vertretene nämlich dann nicht, wenn das Geschäft für ihn nur rechtlich vorteilhaft sein kann. Die Struktur des § 181 BGB ist damit um eine weitere Ausnahme zu ergänzen.

Teleologische Reduktion des § 181 BGB



4. Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung

Begriff der Auslegung nach dem EuGH

Nach den Vorgaben des EuGH haben die nationalen Gerichte Vorschriften, die einer EG Richtlinie widersprechen, richtlinienkonform auszulegen (siehe oben D. II. 3.). Der Gerichtshof geht bei der Verwendung des Begriffs „Auslegung“ allerdings nicht von der im deutschen Rechtskreis üblichen Unterscheidung zwischen Auslegung (im engeren Sinne) und Rechtsfortbildung aus. Vielmehr umfasst „Auslegung“ im Sinne der Rechtsprechung des EuGH entsprechend der französischen Rechtstradition alle Arten zulässiger Rechtsfindung des nationalen Rechts. Der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung fordert deshalb auch, das nationale Recht - wo dies nötig und möglich ist - richtlinienkonform fortzubilden.

„Quelle-Entscheidung“

Richtungsweisend hierfür ist eine neuere Entscheidung des BGH vom 26.11.2008, der eine Streitigkeit zwischen dem Versandhaus Quelle und einem Verbraucher bzw. einem Verbraucherverband zugrunde lag (abgedruckt in NJW 2009, 427 ff.).

Hierbei ging es um die Verpflichtung des Käufers zum Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Kaufsache bis zur Nacherfüllung nach den §§ 439 Abs. 4, 346 BGB.

Zunächst bezweifelte der BGH in einem Vorlagebeschluss die Vereinbarkeit eines derartigen Nutzungsersatzanspruches mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, nach der die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes „unentgeltlich“ sein und „ohne erhebliche Unannehmlichkeiten“ für den Verbraucher erfolgen muss. Er sah bei dem Vorlagebeschluss jedoch keine Möglichkeit, die nationale Regelung im

Wege der Auslegung zu korrigieren, da sowohl der **Wortlaut** des Gesetzes als auch der **Wille des Gesetzgebers eindeutig** seien.

Nachdem der EuGH auf die Vorlagefrage des BGH feststellte, dass die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie einem Nutzungsersatzanspruch entgegenstehe, ließ der BGH in der genannten Entscheidung die auf den Nutzungsersatz verweisende Vorschrift des § 439 Abs. 4 BGB im Falle des Verbrauchsgüterkaufes unangewendet. Hierbei bediente er sich der teleologischen Reduktion. Die dafür erforderliche verdeckte Regelungslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit fand er in der Gesetzesbegründung zu § 439 Abs. 4 BGB: Für den BGH ließ die Gesetzesbegründung sowohl eine **konkrete Regelungsabsicht** hinsichtlich der Gewährung von Nutzungsersatz als auch einen **konkret geäußerten Umsetzungswillen** der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erkennen. Entgegen der Annahme des Gesetzgebers erweise sich die Vorschrift jedoch im Nachhinein als nicht richtlinienkonform. Es sei daher auszuschließen, dass der Gesetzgeber § 439 Abs. 4 BGB in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Vorschrift nicht im Einklang mit der Richtlinie steht. Somit zeige sich eine planwidrige Unvollständigkeit, die einer teleologischen Reduktion zugänglich sei.

Die Konsequenzen des Urteils reichen weit über den entschiedenen Fall hinaus.

Auswirkungen der Entscheidung

Denn nach den Prämissen des BGH tritt eine konkrete auch im Wortlaut zum Ausdruck kommende Regelungsabsicht stets hinter einer ebenfalls geäußerten Vorstellung der Richtlinienkonformität im Rahmen der Rechtsfortbildung zurück.

Zudem stellt der BGH mit seiner Entscheidung erstmalig klar, dass der Wortlaut einer nationalen Umsetzungsvorschrift keine zwingende Grenze der richtlinienkonformen Auslegung bildet und eröffnet damit den Raum für eine teleologische Reduktion oder für eine Analogiebildung im Rahmen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung.

Mittlerweile hat auch der Gesetzgeber auf die Entscheidung des EuGH reagiert und eine richtlinienkonforme Regelung ins nationale Recht eingefügt. Nach dem neu gefassten § 474 Abs. 2 S. 1 BGB ist § 439 Abs. 4 BGB auf einen Verbrauchsgüterkauf mit der Maßgabe anzuwenden, dass Nutzungen nicht herauszugeben oder durch ihren Wert zu ersetzen sind.

Reaktion des Gesetzgebers

5. Exkurs: Gesetzesimmanente und gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung

Die bisher behandelten Fälle der Rechtsfortbildung bezeichnet man als **gesetzesimmanente Rechtsfortbildung**. Nicht verschwiegen werden soll

Gesetzesimmanente Rechtsfortbildung

an dieser Stelle, dass der Problembereich der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung weder vollständig noch in den angesprochenen Bereichen erschöpfend behandelt wurde. Für den Bereich der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung ist z.B. auf die Darstellung der *teleologischen Extension* verzichtet worden. In diesem Skript können nur die unabdingbaren Grundkenntnisse vermittelt werden.

Begriff

Der Begriff der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung rührt daher, dass die Ergänzung des Rechts stets unter Rückgriff auf ein in der jeweiligen Norm oder dem jeweiligen Gesetz angelegtes Prinzip erfolgte. Der Rechtsanwender bewegte sich also innerhalb des Gesetzes oder dessen immanenten Prinzipien.

Rechtsfortbildung „contra legem“

Von der gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung ist die **gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung** zu unterscheiden. Hierbei handelt es sich um eine Rechtsfortbildung außerhalb des umgestalteten Gesetzes, eine „*Rechtsfortbildung contra legem*“. Angesichts des verfassungsrechtlichen Rahmens, der für die Rechtsfortbildung gilt, ist klar, dass eine solche Rechtsfortbildung nur in streng umgrenzten Ausnahmen und in zwingenden Fällen möglich ist.

Ausnahmefälle

Eine Fortbildung des Rechts, die den Rahmen des Gesetzes übersteigt, kommt nur in Betracht, wenn *zwingende (!) Gründe der sozialen Gerechtigkeit* oder *zwingende (!) Bedürfnisse des Rechtsverkehrs* es erfordern. Darüber hinaus ist eine Rechtsfortbildung *contra legem* unter Rückgriff auf ein *rechtsethisches Prinzip* zulässig. Für den Studenten gewinnt diese Art der Rechtsfortbildung im Rahmen seines Studiums in aller Regel keine Bedeutung. Er sollte sich allerdings den Unterschied zur gesetzesimmanenten Rechtsfortbildung verdeutlichen und die Problematik erkennen, die der Rückgriff auf allgemeine Rechtsprinzipien birgt. Aufmerksam gemacht werden soll aber auf die sog. „Radbruch´sche Formel“. Danach muss das geschriebene Recht in eng umgrenzten Konstellationen der Gerechtigkeit weichen. Dies ist aber nur möglich, wenn die Anwendung des geltenden Rechts unerträglich wäre, weil ansonsten gegen elementare Gebote der Gerechtigkeit und gegen völkerrechtlich geschützte Menschenrechte verstoßen würde. Die von Radbruch entwickelten Gedanken spielten bei der Bewältigung des nationalsozialistischen Unrechts eine große Rolle, als zu hinterfragen war, ob die damaligen Unrechtsgesetze überhaupt als rechtsgültig anzusehen waren. Eine Renaissance erhielt die Radbruch´sche Formel, als über die Strafbarkeit der Mauerschützen in der ehemaligen DDR zu verhandeln war (vgl. BGH v. 20.3.1995 BGHSt 41, 101 ff.).

Beispiel

Will man sich mit der Problematik der Abgrenzung von gesetzesimmanenter und gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung beschäftigen, bietet sich der Problembereich des Schmerzensgeldes für eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts an. Während die Zubilligung eines Schmerzensgeldes in Fällen der schwerwiegenden Verletzung des Per-

sönlichkeitsrechts weitgehend anerkannt wird, ist die rechtsdogmatische Begründung umstritten.

Zu diesen Fragen hat das BVerfG in der sog. „Soraya“-Entscheidung (BVerfG v. 14.2.1973, NJW 1973, S. 1221 ff.) Stellung genommen und die „Auslegung“ des BGH verfassungsrechtlich gebilligt. Die Kernaussagen des Ersten Senates zu der Frage der Zulässigkeit gesetzesübersteigender Rechtsfortbildung im Wortlaut:

Schmerzensgeld für
Persönlichkeits-
verletzungen

„Die traditionelle Bindung des Richters an das Gesetz, ein tragender Bestandteil des Gewaltentrennungsgrundsatzes und damit der Rechtsstaatlichkeit, ist im Grundgesetz jedenfalls der Formulierung nach dahin abgewandelt, dass die Rechtsprechung an „Gesetz und Recht“ gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 GG). Damit wird nach allgemeiner Meinung ein enger Gesetzespositivismus abgelehnt. Die Formel hält das Bewusstsein aufrecht, dass sich Gesetz und Recht zwar faktisch im allgemeinen, aber nicht notwendig immer decken. Das Recht ist nicht mit der Gesamtheit der geschriebenen Gesetze identisch. Gegenüber den positiven Satzungen der Staatsgewalt kann unter Umständen ein Mehr an Recht bestehen, das seine Quelle in der verfassungsmäßigen Rechtsordnung als einem Sinn Ganzen besitzt und dem geschriebenen Gesetz gegenüber als Korrektiv zu wirken vermag; es zu finden und in Entscheidungen zu verwirklichen, ist Aufgabe der Rechtsprechung.

Der Richter ist nach dem Grundgesetz nicht darauf verwiesen, gesetzgeberische Weisungen in den Grenzen des möglichen Wortsinns auf den Einzelfall anzuwenden. Eine solche Auffassung würde die grundsätzliche Lückenlosigkeit der positiven staatlichen Rechtsordnung voraussetzen, ein Zustand, der als prinzipielles Postulat der Rechtssicherheit vertretbar, aber praktisch unerreichbar ist. Richterliche Tätigkeit besteht nicht nur im Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers. Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsgemäßen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren.

Der Richter muss sich dabei von der Willkür freihalten; seine Entscheidung muss auf rationaler Argumentation beruhen. Es muss einsichtig gemacht werden können, dass das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den „fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft“

Die Auslegung einer Gesetzesnorm kann nicht immer auf die Dauer bei dem ihr zu ihrer Entstehungszeit belegten Sinn stehen bleiben. Es ist zu berücksichtigen, welche vernünftige Funktion sie im Zeitpunkt der Anwendung haben kann. Die Norm steht ständig im Kontext der sozialen Verhältnisse und der gesellschaftlich-politischen Anschauungen, auf die sie wirken soll; ihr Inhalt kann und muss sich unter Umständen mit ihnen wandeln. Das gilt besonders, wenn sich zwischen Entstehung und Anwendung eines Gesetzes die Lebensverhältnisse und Rechtsanschauungen so tiefgreifend geändert haben wie in diesem Jahrhundert. Einem hiernach möglichen Konflikt der Norm mit den materiellen Gerechtigkeitsvorstellungen einer gewandelten Gesellschaft kann sich der Richter nicht mit dem Hinweis auf den unverändert gebliebenen Gesetzeswortlaut entziehen; er ist zu freierer Handhabung der Rechtsnormen gezwungen, wenn er nicht seine Aufgabe, „Recht“ zu sprechen, verfehlen will.“

E. Hinweise zur Anfertigung von Hausarbeiten und Klausuren im Zivilrecht

Die bisherigen Abschnitte waren insbesondere der Anwendung von Rechtsnormen und allgemeinen arbeitstechnischen Hinweisen gewidmet. Die dort angesprochenen Fragen sind für die Arbeit eines jeden Juristen von grundlegender Bedeutung. In den nun folgenden Abschnitten geht es vertieft um die Lösung eines Falles in der Gestalt eines Gutachtens. Dabei soll verdeutlicht werden, wie die Rechtsnormen im konkreten Fall anzuwenden sind. Nicht selten stellt dies neben der Auslegung von Normen für Studenten die Hauptschwierigkeiten im Studium der Rechtswissenschaft dar. Hier setzen die folgenden Ausführungen an, indem sie von der Erfassung des Sachverhalts über die einzelne Anspruchsprüfung den Weg zur Lösung eines Falles aufzeigen. Die folgenden Hinweise beziehen sich auf die zivilrechtliche Falllösung.

Anhand von Beispielen und einer ausformulierten Musterlösung soll der vom Studenten verlangte Gutachtenstil geübt werden. Die Abfassung eines Rechtsgutachtens bleibt aber über das Studium hinaus von Bedeutung, da auch einer Beratung, einem Vertragsentwurf und auch einem gerichtlichen Urteil in aller Regel ein Gutachten über die Rechtslage zugrunde liegt.

Bei den dargestellten Beispielen geht es nicht um materielles Wissen. Zu erkennen ist vielmehr die der Falllösung dienende Methode. Auch wenn gerade der Anfänger die zitierten Normen nicht kennt, sind diese zwingend zu lesen. Nur anhand des Gesetzestextes lässt sich das methodische Vorgehen erkennen (siehe unter B. III. 4.).

Will man eine juristische Arbeit anfertigen, sind zunächst gedankliche Vorarbeiten zu leisten. Erst dann kann mit der Niederschrift begonnen werden. Die hierzu notwendigen Hinweise sind zunächst allgemeiner Art, d.h. sie gelten für die Erstellung einer Klausur gleichermaßen wie für die Ausarbeitung einer Hausarbeit. Anschließend werden spezielle Tipps für die Anfertigung einer Klausur (siehe unter F.) bzw. einer Hausarbeit (siehe unter G.) gegeben.

I. Gedankliche Vorarbeiten

1. Erfassen des Sachverhalts

In der universitären Prüfung ist wie in der ersten juristischen Staatsprüfung in der Regel ein feststehender Sachverhalt zu begutachten. Die **sorgfältige Erfassung des Sachverhalts** ist dabei Ausgangspunkt und Fundament einer jeden Fallbearbeitung. Es kann nicht oft genug betont werden, dass ein mehrfaches (zumindest zweifaches) Lesen zum Verständnis des Sachverhalts erforderlich ist. Versteht der Bearbeiter den

Sachverhalt
mehrfach lesen!

Sachverhalt aus Flüchtigkeit falsch, führt dies zwangsläufig zu einer fehlerhaften Bearbeitung. Ein solcher Fehler ist besonders schmerzlich, da er vermeidbar ist und mit den juristischen Fertigkeiten des Bearbeiters nichts zu tun hat.

Hält der Bearbeiter einzelne Sachverhaltsangaben für **widersprüchlich**, sollte er dies gründlich prüfen, denn ein solcher Fehler wird dem Aufgabensteller selten unterlaufen. Notfalls kann man bei dem Aufgabensteller rückfragen.

Sachverhalt als feststehend akzeptieren!

Meint der Bearbeiter bestimmte Sachverhaltsangaben seien **unmöglich** oder **lebensfremd**, so dürfen diese nicht angezweifelt, sondern müssen trotzdem der Fallbearbeitung zugrunde gelegt werden. Beispiele einer unzulässigen Sachverhaltswiderlegung durch den Bearbeiter finden sich vor allem im Deliktsrecht. Erleidet der A nach der Sachverhaltserzählung einen Beinbruch, weil der dreijährige M den A mit einem Baseballschläger geschlagen hat, so sind Ausführungen dazu, ob ein dreijähriges Kind einen Baseballschläger überhaupt festhalten oder mit solcher Kraft führen kann, dass dies zu einem Beinbruch bei einem erwachsenen Mann führen kann, völlig fehl am Platz. Der A hat einen Beinbruch durch den Schlag des M erlitten, auch wenn das unmöglich oder lebensfremd scheint.

Nicht den Sachverhalt widerlegen!

Auch eine unter Umständen fehlerhafte Ausdrucksweise des Sachverhaltserstellers, die nur sehr selten vorkommen wird, darf nicht gutachterlich widerlegt werden. So handelte der Sachverhalt einer Übungsklausur von einem Hund, der durch einen anderen „gedeckt“ wurde. Ein Bearbeiter legte auf zwei Seiten dar, dass in diesem Zusammenhang nicht der Terminus „decken“ verwendet werden dürfe, sondern „belegen“ der richtige Ausdruck sei. Solche Ausführungen haben im Gutachten nichts zu suchen, vor allem verschwendet man bei solchen Ausführungen wertvolle Arbeitszeit, die an anderen Stellen fehlen wird. Im Übrigen: Wo ist der juristische Nutzen solcher Ausführungen?

Fehlende Angaben im Sachverhalt

Vermisst der Bearbeiter tatsächliche Angaben im Sachverhalt, die nach seiner Auffassung erforderlich wären, ist in der Regel davon auszugehen, dass zusätzliche Feststellungen nicht möglich sind. Der Bearbeiter muss deshalb in solchen Fällen von der Formulierung des Gesetzes ausgehen.

Beispiel:

Hat ein Verrichtungsgehilfe einem anderen einen Schaden zugefügt und ergibt sich aus dem Sachverhalt nicht, dass der Geschäftsherr den Gehilfen sorgfältig ausgewählt hat, so muss der Bearbeiter wegen der Formulierung des § 831 Abs.1 Satz 2 BGB annehmen, dass eine Entlastung *nicht* gegeben ist, also der Geschäftsherr gem. § 831 Abs.1 Satz 1 BGB auf Schadensersatz haftet. Denn § 831 Abs. 1 Satz 2 BGB ist als Ausnahme von der Haftung formuliert, und für das Vorliegen der Voraussetzungen dieser Ausnahme ergibt sich eben nichts aus dem Sachverhalt.

Unterstellungen sind somit grundsätzlich **unzulässig**. Ausnahmen gelten für Formalia, die unterstellt werden können, es sei denn, der Sachverhalt ergibt klar das Gegenteil.

Keine
Unterstellungen!

Merke: In Grenzfällen ist diejenige Deutung des Sachverhalts zu bevorzugen, die die in ihm angelegten Rechtsprobleme weitestgehend ausschöpft. Insoweit ist eine Klausurtaktik durchaus anzuraten.

In diesem Zusammenhang ist auch davor zu warnen, den Sachverhalt zu **manipulieren**, d.h. den Sachverhalt bzw. die darin enthaltenen tatsächlichen Feststellungen zu ändern. Dies wird in der Regel darauf beruhen, dass der Bearbeiter nach einem Querlesen des Aufgabentextes glaubt, den Sachverhalt, bzw. einzelne Teilbereiche davon zu kennen. Sogleich wird ein vergleichbarer Sachverhalt unter großem Zeitaufwand in verschiedensten Skripten und Fallbüchern gesucht, statt den Fall mit dem erlernten juristischen Wissen **selbst** zu bearbeiten. Wird auf diesem Wege ein Fall mit Lösungsvorschlag gefunden, so legen einige Bearbeiter diesen der Falllösung zugrunde, ohne zu erkennen, dass der gefundene mit dem in Rede stehenden Sachverhalt oftmals nur eine Ähnlichkeit aufweist. Die kleinen, aber bedeutsamen Abweichungen werden jedoch im Glücksgefühl der richtigen Lösung nicht mehr wahrgenommen, sondern vielmehr ignoriert, da der Sachverhalt nicht richtig gelesen und/oder vom Bearbeiter passend gemacht und somit geändert wird.

Keine Sachverhalts-
manipulation

Gleiches geschieht, um **scheinbar relevante rechtliche Streitfragen** zu behandeln, die dem Verfasser entweder bekannt sind oder denen in der literarischen Diskussion ein erheblicher Raum gewidmet ist. Eine solche **Sachverhaltsverzerrung** (oder Sachverhaltsquetsche) wird sich natürlich in einer schlechten Benotung niederschlagen, da der Bearbeiter im Endeffekt einen anderen Fall bearbeitet hat, mögen die Ausführungen des Bearbeiters zu „seinem“ Fall auch zutreffend sein. Bestehen tatsächlich einmal Zweifel, was mit einer bestimmten Formulierung im Sachverhalt gemeint ist, so gilt der Grundsatz eines lebensnahen Sachverhaltsverständnisses. Findet sich etwa in einem Sachverhalt die Formulierung "A schlägt B mit einem Hammer auf den Kopf. B fällt zu Boden." so liegt es auf der Hand, dass B gerade wegen des Hammerschlags zu Boden fällt. Wer annimmt, B fällt nur zufällig zu Boden und deshalb etwa einen Schadensersatzanspruch gegen A mangels Kausalität verneint, manipuliert hingegen den Sachverhalt.

Merksatz: Wer den Sachverhalt manipuliert, verliert (Punkte).

Unklarheiten der Rechtslage erfordern keine Alternativlösung, sondern eine klare Entscheidung des Bearbeiters. Ein **Hilfsgutachten** ist nur anzufertigen, wenn dies gefordert wird oder sonst wesentliche Rechtsprobleme, die nach dem Sachverhalt angesprochen werden sollen, nicht ausgeschöpft werden.

Ausnahmsweise:
Hilfsgutachten

Bedeutung der Rechtsansichten

Von den Fallpersonen **geäußerte Rechtsansichten** sind stets zu erörtern, dürfen also nicht einfach übergangen werden. Sie sind aber auch nicht als richtig zu unterstellen, sondern selbständig zu prüfen. Der Zivilrichter verfährt nach dem Grundsatz: "**Da mihi facta, dabo tibi ius**". Die wörtliche Übersetzung lautet: „Gib mir die Fakten, ich werde Dir Recht geben“. Angewandt auf die universitäre Übungsaufgabe bedeutet dies: Die geäußerten Rechtsansichten sind Hinweise des Aufgabenstellers auf die zu erörternden Rechtsfragen und Argumente. Sie müssen daher im Gutachten auf jeden Fall aufgearbeitet werden. Dabei ist zu überprüfen, ob die von den Parteien vertretenen Rechtsansichten zutreffend sind.

Beachte: In der Äußerung bestimmter Rechtsansichten kann gelegentlich die Abgabe einer Willenserklärung verborgen sein.

Ohne eigene Prüfung sind dagegen die **unstreitigen rechtlichen Wertungen** des Sachverhalts zu übernehmen (z.B. über Geschäftsfähigkeit einer Person, Fahrlässigkeit eines Verhaltens), die durch die Verwendung von Rechtsbegriffen gekennzeichnet sind.

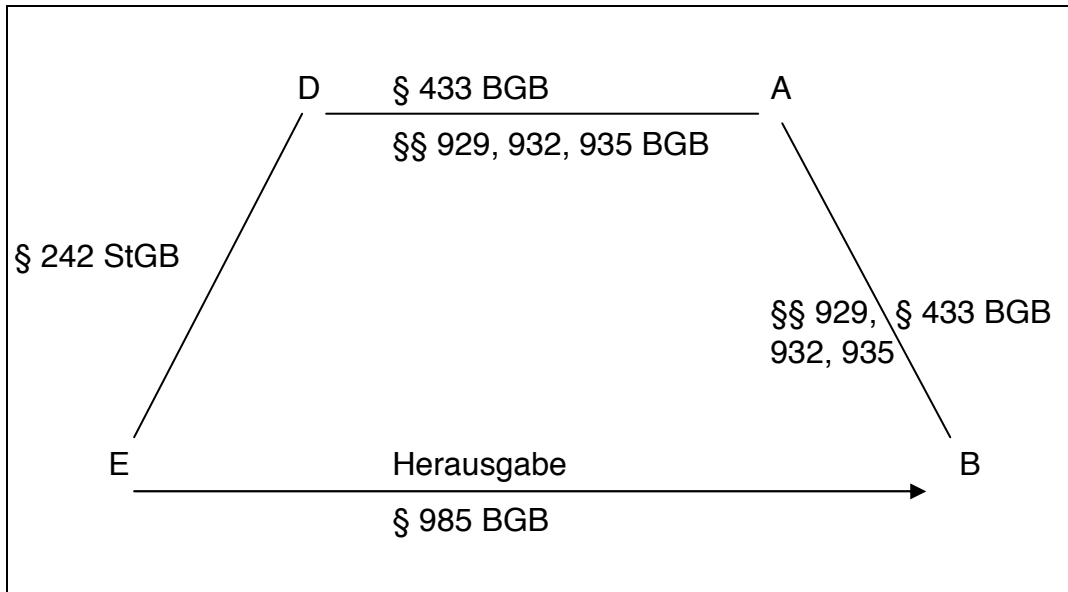
Beispiel:

Hat nach dem Sachverhalt der "A ein Auto gekauft", so ist der tatsächliche Abschluss des Kaufvertrages nicht näher zu erörtern. Falsch wäre also etwa eine Prüfung, ob hier die Voraussetzungen eines Kaufvertrages (zwei übereinstimmende Willenserklärungen usw.) vorliegen und ob A eventuell geschäftsunfähig ist oder aus sonstigen Gründen keine Willenserklärung abgeben konnte. Die Wirksamkeit eines Kaufvertrages müsste aber geprüft werden, wenn nach dem Sachverhalt "der minderjährige A von seinem Taschengeld bei B ein Fahrrad kauft", oder wenn nach dem Rechtsbegriff "kaufen" noch die näheren Umstände des Geschäftsabschlusses im Sachverhalt dargestellt werden.

Skizze anfertigen

Sobald mehrere Personen im Sachverhalt auftreten, empfiehlt es sich, eine **Skizze** anzufertigen, die die beteiligten Personen und die sie verbindenden Rechtsbeziehungen aufzeigt. Die Rechtsbeziehungen sollten nach Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäften getrennt werden.

Beispiel und neuer Ausgangsfall: Dieb D verkauft ein gestohlenen Auto dem A, der dieses an den B weiterveräußert. Nunmehr verlangt der Eigentümer E das Fahrzeug von B heraus. Eine Skizze könnte folgendermaßen aussehen:



Wenn in einem Sachverhalt ein **zeitlicher Ablauf** dargestellt wird, ist dieser auf einem gesonderten Blatt nachzuzeichnen. Dabei sollte das genaue Datum und die dazugehörige Handlung aufgenommen werden. Oftmals deutet die Verwendung von Daten auf Probleme im Verjährungsrecht oder auf die Einhaltung von Fristen (z.B. Anfechtungsfristen §§ 121, 124 BGB) hin, die ohne eine chronologische Ordnung nicht erfasst werden können.

Daneben sollten während der Lektüre des Sachverhalts auf einem **Extrablatt** (nicht auf dem Aufgabentext, denn dies könnte für Folgeprobleme den Blick versperren) alle *Gedanken*, die dem Bearbeiter spontan einfallen, aufgeschrieben werden („brain-storming“). Vieles, was bei der ersten Lektüre auffällt, gerät später in Vergessenheit.

„Brain-storming“

2. Erfassen der Fragestellung

Ausgangspunkt einer jeden Bearbeitung ist die **Fallfrage**. Mit der Fallfrage wird klargestellt, welche der Rechtsbeziehungen in welchem Umfang zu untersuchen sind. Dabei ist eine strikte Beschränkung auf die Beantwortung der gestellten Frage angezeigt. Nicht zu prüfen sind Ansprüche, die nicht erhoben werden, sollten sie auch erhoben werden können. Das Erfassen der Fallfrage steht in einem engen Zusammenhang mit der Erfassung des Sachverhaltes. Daher ist es erforderlich, den Sachverhalt nach Erfassen der Fallfrage noch mal zu lesen. Dadurch lassen sich spezifische Probleme des Sachverhaltes erkennen, die man ohne die Fallfrage zu kennen vielleicht überlesen hätte. Alle Erörterungen, die sich nicht in dem Rahmen halten, der durch die Fallfrage vorgegeben ist, sind **überflüssig** und damit falsch. Meist wird nach bestimmten Forderungen zwischen bestimmten Personen gefragt.

Fallfrage beachten

Beispiel:

Im **Ausgangsfall** (S. 88) könnte die Fallfrage etwa folgendermaßen formuliert sein: "Kann E von B Herausgabe des Autos verlangen?". Hier ist dann nicht zu prüfen, ob E möglicherweise noch Ansprüche gegen D und A hat.

Wie ist die Rechtslage

Die Frage kann aber auch ganz allgemein lauten: "**Wie ist die Rechtslage?**" Dann sind alle **ernstlich** in Betracht kommenden Ansprüche unter den Fallpersonen zu behandeln, soweit die Aufgabe nicht durch zusätzliche Fragen eingeschränkt ist oder sich sonst eine Eingrenzung aus dem Sachverhalt ergibt.

Im Ausgangsfall (S. 88) wäre bei der Frage nach der Rechtslage neben den Ansprüchen des E gegen B auf Herausgabe zu prüfen, ob E gegen A gemäß § 816 BGB vorgehen kann. Des Weiteren wären Ansprüche gegen D aus einem sogenannten Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zu prüfen. Daneben könnten auch Ansprüche gegen E z. B. auf Verwendungsersatz (§§ 994, 996 BGB) in Betracht kommen. In Betracht kämen auch Ansprüche des A gegen D auf Schadensersatz oder des B gegen A.

Wird vom Bearbeiter die Beantwortung mehrerer Fragen verlangt, so ist die Reihenfolge der gestellten Fragen in der Regel einzuhalten. Dies gilt insbesondere, wenn sich weitere Fragen auf eine Abwandlung des Sachverhalts beziehen.

Merke: Die Fallfrage gibt verbindlich den Rahmen der Bearbeitung vor.

Bürgerliches Recht

Gewöhnlich zielt die Fallfrage im **bürgerlichen Recht** auf einen oder mehrere Ansprüche, den oder die eine Person gegen eine andere geltend macht. Der Bearbeiter muss also feststellen, *wer was von wem will*. Hat er diese Verhältnisse geordnet, folgt die Suche nach den Rechtsnormen, die dieses Anspruchsbegehren stützen, d.h. er muss klären, woraus der Anspruchsteller dieses Verlangen herleitet. Die gesamte Fragestellung der Anspruchsklausur lautet:

Wer will was von wem woraus?**Die vier „W“**

Dieser Satz (die vier goldenen „W's“) ist für die Bearbeitung von zentraler Bedeutung. Auch im Ausgangsfall des Herausgabeverlangens des E gegen B kann man diese Anspruchsstruktur deutlich erkennen. E (Wer) will von B (von Wem) die Herausgabe des Autos (Was) aus § 985 BGB (Woraus). Diese Vorschrift normiert den Anspruch des Eigentümers gegen den Besitzer auf Herausgabe einer Sache. Die Normen, die ein solches Anspruchsbegehren stützen (woraus), nennen wir Anspruchsgrundlagen (siehe unter C. III. 2. b.).

Vereinzelt befindet sich am Ende der Fallfrage noch ein Bearbeitervermerk. Dieser enthält Anweisungen an den Klausurschreiber. So könnte

der Bearbeitervermerk im obigen Ausgangsfall lauten: „Zu prüfen sind nur Ansprüche aus einem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis“. Ausführungen zu anderen Anspruchsgrundlagen dürften dann nicht gemacht werden.

3. Lösungsskizze erarbeiten

Im nächsten Arbeitsschritt ist eine Gliederung anzufertigen. Die Gliederung stellt eine Lösungsskizze dar. Sie bietet einen „Fahrplan“ für die endgültige Abfassung des Gutachtens. Hierzu sind in einem ersten Schritt gezielt die Normen zu suchen, die auf die gestellte Fallfrage eine Antwort geben können. Im Anschluss sind die gefundenen Normen zu strukturieren, so dass die Prüfungsreihenfolge geklärt wird.

a) Sammlung der in Betracht kommenden Normen

Nachdem der Sachverhalt und die Fallfrage erfasst wurden, ist nach den für die Falllösung relevanten Normen zu suchen. Da die Fallbearbeitung grundsätzlich in Form der Anspruchsmethode erfolgt, sind zunächst die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen und sodann die möglichen Gegennormen zu suchen.

aa) Die Anspruchsmethode

Die Fallbearbeitung erfolgt regelmäßig in Form der **Anspruchsmethode**. Die Anspruchsmethode ist dadurch gekennzeichnet, dass die Ausführungen grundsätzlich mit der in Betracht zu ziehenden Rechtsfolge beginnen. Da in der zivilrechtlichen Klausur nach Ansprüchen gefragt ist, ist die Anspruchsgrundlage an den Anfang der Bearbeitung zu stellen.

Die Anspruchsgrundlage gehört an den Anfang der Bearbeitung bzw. eines jeden Abschnitts, in dem eine neue Anspruchsgrundlage untersucht wird. Wenn mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht kommen, sind diese jedoch nicht alle am Anfang darzustellen. Die einzelnen Anspruchsgrundlagen werden vielmehr der Reihe nach abgearbeitet. Jeder Abschnitt sollte mit einem Zwischenergebnis enden; ebenso ist das Endergebnis des Gutachtens klar herauszustellen.

Anspruchsmethode

Unzweckmäßig ist in der Regel die **historische Methode** der Fallbearbeitung, die sich nicht am Aufbau der Anspruchsgrundlagen, sondern an dem zeitlichen Ablauf des Falles orientiert.

Historische Methode

Die **Anspruchsmethode** ist regelmäßig vorzuziehen, weil sie Bearbeiter und Leser geradewegs zum Rechtserheblichen führt. Allerdings kann es auch im Rahmen der Anspruchsmethode geboten sein, dem zeitlichen Ablauf des Falles nachzugehen. Dies gilt vor allem dann, wenn geprüft werden muss, welche Elemente des Sachverhalts als Angebot oder Annahme eines Vertrages aufgefasst werden können. Die **historische Methode** ist dagegen anzuwenden, wenn es gilt, die dingliche Rechtslage

Welche Methode?

zu klären (z.B. um zu klären, wer Eigentümer einer Sache ist: Auszugehen ist dann von einem Zeitpunkt, in dem die Eigentumslage klar war. Anschließend ist zu prüfen, ob das Eigentum etwa durch mehrfache Übereignungstatbestände auf andere Personen übergegangen ist) oder wenn mehrere, zeitlich hintereinander liegende Gründe für eine Erbfolge in Betracht kommen.

Erster Zugriff: die Rechtsfolge

Besonders zu beachten ist, dass nur solche Anspruchsgrundlagen geprüft werden, deren Rechtsfolge dem Begehren des möglichen Anspruchsinhabers entsprechen, die also einen Anspruch auf das von ihm Verlangte geben. Der **erste gedankliche Zugriff** richtet sich also nicht auf die Tatbestandsseite, sondern **auf die Rechtsfolgenseite** einer Norm.

Beispiel:

So ist es falsch, einen Anspruch aus § 433 BGB zu prüfen, wenn nicht ein Anspruch auf Lieferung oder Zahlung des Kaufpreises, sondern auf Schadensersatz oder Rückgabe geltend gemacht wird.

Weiter ist zu beachten, dass Anspruchsgrundlagen nur solche Rechtsätze sind, aus denen sich unmittelbar die Verpflichtung zu einer Leistung ergibt, z.B. §§ 433 Abs. 2, 812 Abs. 1 S. 1, 1.Var., 816 Abs. 2, 823 Abs. 1 BGB, Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss gem. § 280 Abs. 1 iVm. § 311 Abs. 2 BGB oder wegen positiver Forderungsverletzung aus § 280 Abs. 1 iVm. § 241 Abs. 2 BGB usw. (siehe unter C. III. 2. b.)

Keine selbständigen Anspruchsgrundlagen enthalten dagegen Definitions- oder Gegennormen (siehe unter C. III. 2. c und d.), also z.B. die §§ 119 Abs. 1, 123 Abs. 1, 276 Abs. 1, 278 Abs. 1 oder 249 Satz 1 BGB. Zu ihnen gelangt der Bearbeiter erst, wenn er im Rahmen eines vertraglichen Erfüllungs- oder Schadensersatzanspruchs zu prüfen hat, ob der Vertrag noch besteht, ob er schuldhaft verletzt wurde oder wie ein Schadensersatzanspruch zu berechnen ist. Diese Normen können daher nicht am Beginn einer Prüfung stehen. Trotzdem sind auch diese Definitions- und Gegennormen zu sammeln, soweit sie ernsthaft in Betracht kommen. Ernsthaft in Betracht kommen Gegennormen, wenn deren Rechtsfolge die in Betracht kommende Anspruchsgrundlage ausschließen könnte.

Vorschriften genau zitieren

Paragrafen sollten so **genau** wie möglich **zitiert** werden, also z.B.: Anspruch des A gegen B auf Abtretung des Ersatzanspruchs gem. § 285 Abs. 1 Var. 2 BGB. Dies ändert freilich nichts an der Notwendigkeit, stets den ganzen Paragraphen und auch sein Umfeld zu lesen, um keine ergänzenden oder einschränkenden Bestimmungen zu übersehen. Statt Var. (Variante) kann auch die Bezeichnung Alt. (Alternative) gewählt werden, wenn es nur **zwei** Möglichkeiten gibt (§ 812 Abs.1 S. 1, 1. Alt. BGB).

bb) Suchstrategie

Grundsätzlich sind nur die für die Falllösung ernsthaft in Betracht kommenden Normen herauszusuchen. Um feststellen zu können, ob eine Norm für die Falllösung relevant werden kann, ist es zunächst entscheidend, die richtige Norm im Gesetz zu finden. Angesichts der Normenflut kann diese Suche nicht ziellos geschehen (siehe unter C. III. 1.).

Für die **Falllösung relevant** sind zunächst nur solche Anspruchsgrundlagen, die das geltend gemachte Begehren auch stützen. Entscheidend ist also, ob die von der Norm ausgesprochene Rechtsfolge zutreffend ist. Sollte dies nicht der Fall sein, ist die Anspruchsgrundlage nicht mehr für die Falllösung zu gebrauchen. Aber auch wenn die Rechtsfolge einer Norm zwar passt, aber ganz offensichtlich eine der Tatbestandsvoraussetzungen nicht gegeben ist, ist die entsprechende Vorschrift nicht weiter in den Blick zu ziehen. Denn wenn das Nichteingreifen einer Vorschrift evident ist, lohnen sich rechtliche Ausführungen hierüber nicht; sie bringen die Falllösung nicht weiter. Freilich ist es schwierig, die Evidenzfälle abzugrenzen.

Relevante Normen

Gleiches gilt auch für die **aufzusuchenden Gegennormen**. Wirken sich Gegennormen nicht auf die Rechtsfolge der Anspruchsgrundlage aus, sind sie sofort ad acta zu legen. Denn selbst bei ihrem Eingreifen würden sie keinerlei Auswirkungen auf die Falllösung haben. Ebenfalls sind die Gegennormen, die von ihrer Tatbestandsseite offensichtlich nicht einschlägig sind, nicht weiter zu prüfen.

Insbesondere die **Evidenzprüfung** bereitet gerade dem Anfänger erhebliche Schwierigkeiten. Woran kann man erkennen, ob eine Norm offensichtlich nicht in Betracht zu ziehen ist? Diese Frage lässt sich nicht einheitlich beantworten. Anhaltspunkt für eine überflüssige Prüfung kann sein, dass die Begründung dafür, dass eine Norm nicht einschlägig ist, banal oder komisch klingen würde. Die Vorschrift ist in einem solchen Fall nicht zu prüfen.

Evidenzprüfung

Beispiel:

Hat V eine Wohnung an M vermietet und verlangt er Zahlung der Miete, wäre die Prüfung eines Zahlungsanspruchs aus § 433 Abs. 2 BGB überflüssig. Zwar bietet auch § 433 Abs. 2 BGB die Rechtsfolge Zahlung eines Geldbetrages. Allerdings würde es unfreiwillig komisch klingen, wenn man in der Lösung darauf abstellen würde, dass V die Zahlung der Miete nicht aus einem Kaufvertrag verlangen kann.

Als weiterer Anhaltspunkt lässt sich festhalten, dass all die Vorschriften zu prüfen sind, bei denen der Student Schwierigkeiten hat, auf Anhieb festzustellen, ob die Norm einschlägig ist oder nicht. Dort wo Sie Probleme mit der rechtlichen Prüfung einer Norm haben, dürfte auch ein

Problem des Falles liegen. So hat eine Prüfung stattzufinden, wenn über die Ausfüllung eines Tatbestandsmerkmals Streit besteht. Insgesamt lässt sich aber nur durch eine regelmäßige Übung ein **Fingerspitzengefühl** dafür entwickeln, welche Vorschriften näher zu überprüfen sind und welche bereits in diesem Stadium beiseite gelassen werden können.

Die Gratwanderung zwischen Vollständigkeit der Prüfung und Darstellung von Überflüssigem kann nur durch ständiges Üben bestanden werden.

b) Strukturierung der gefundenen Normen

Die in Betracht kommenden Normen sind in einem nächsten Schritt zu strukturieren. Da die Lösung grundsätzlich in Form der Anspruchsmethode erfolgt, ist Ausgangspunkt der Lösung die gefundene Anspruchsgrundlage. Diese sowie die Gegennormen sind in eine Prüfungsreihenfolge zu bringen, so dass ein konkreter Aufbau der Falllösung erkennbar wird.

Aufbauprobleme

Bei der Strukturierung von Normen treten regelmäßig Aufbauprobleme auf. Diese können entstehen, weil mehrere Personen und damit unterschiedlichste Rechtsbeziehungen vorhanden sind, die zunächst zu entflechten sind. Auch wenn man bei der Herausarbeitung der Fallfrage festgestellt hat, dass verschiedene Begehren geltend gemacht werden, stehen viele Studenten vor erheblichen Aufbauproblemen, weil sie nicht wissen, in welcher Reihenfolge diese Begehren abzuarbeiten sind. Außerdem entstehen Aufbauprobleme, weil unterschiedlichste Normen einschlägig sind, die das Anspruchsbegehren stützen. Dann stellt sich die Frage, in welcher Reihenfolge die in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen darzustellen sind. Letztlich ist problematisch, wie der einzelne zu prüfende Anspruch aufzubauen ist.

aa) Aufbau bei Beteiligung mehrerer Personen

Ansprüche verschiedener Personen grundsätzlich getrennt prüfen!

Die zu beantwortende Fallfrage zielt regelmäßig auf die Prüfung von Ansprüchen ab. Ansprüche bestehen grundsätzlich nur zwischen zwei Personen, dem Anspruchssteller und dem Anspruchsgegner. Sind in dem Sachverhalt mehrere Personen vorhanden, sind die Rechtsbeziehungen in einem ersten Schritt in **Zwei-Personen-Verhältnisse** zu gliedern. Die Ansprüche unter verschiedenen Personen sind in der Regel getrennt zu behandeln (A gegen X, A gegen C, B gegen X usw.). Für die Reihenfolge gibt es kein Schema, da die Lebenssachverhalte variieren. Entscheidend ist, aber die vorhandenen Rechtsbeziehungen zu entflechten.

Reihenfolge bestimmt sich nach Logik und Zweckmäßigkeit

Ausschlaggebend ist, wie für alle Aufbauregeln, der **Horizont des Lesers**. Wie kann ihm einfach und klar der Gedankengang nahe gebracht werden? Dafür gibt es einige Richtlinien:

- Ansprüche, von deren Beurteilung die folgende Lösung abhängt, gehören an die erste Stelle.

- Wirtschaftlich offenbar wertlose Ansprüche (z.B. gegen geflüchtete unerkannte Diebe) sind an den Schluss zu stellen, wenn sich die Ansprüche gegen andere Beteiligte selbständig beurteilen lassen.
- In der Regel prüft man die Ansprüche einer Person gegen alle möglichen Schuldner, ehe man zu weiteren Gläubigern übergeht (also: A gegen B, A gegen C; erst dann: B gegen C).
- Gegenansprüche sind vorzuziehen, soweit sie einen Anspruch durch Aufrechnung oder Zurückbehaltungsrecht oder Inhaltsänderung beeinflussen können (dann: A gegen B, B gegen A, A gegen C).

Enthält der Bearbeitervermerk eine Reihenfolge, so sollte man dieser folgen. Regelmäßig wird der Klausursteller die genannten Richtlinien beachtet haben. Sollte man allerdings merken, dass man mit der vorgegebenen Reihenfolge gegen die Richtlinien verstößt, spricht nichts dagegen, die Reihenfolge zu ändern.

bb) Aufbau bei mehreren Forderungen

Bei der Erfassung der Fallfrage stellt sich bereits heraus, ob sich das Anspruchsbegehren nur auf einen Gegenstand bezieht, etwa auf Schadensersatz, oder auf mehrere, etwa Lieferung einer Sache und Schadensersatz. Entsprechend den dargestellten Regeln zum Aufbau bei mehreren Personen, sind in der Regel alle Anspruchsbegehren, die einer Person gegen eine andere zustehen könnten, zu prüfen, ehe man zu anderen Anspruchsverhältnissen übergeht. Im Rahmen des jeweiligen Zwei-Personen-Verhältnisses sind zunächst Primäransprüche (Erfüllungsansprüche) zu prüfen. Erst dann ist auf Sekundäransprüche (z.B. Ansprüche wegen Nichterfüllung, verspäteter Erfüllung, Gewährleistungsansprüche) bzw. Schadensersatzansprüche einzugehen. Schließlich sind Tertiäransprüche (Abtretung von Ansprüchen gegenüber Dritten) zu erörtern.

Qualität der Forderungen klären!

Beispiel:

U hat sich gegenüber B verpflichtet, dessen Wohnzimmer zu renovieren. Am ersten Tag beschädigt U mit seiner Leiter ein im Wohnzimmer des B hängendes Bild. Nun traut sich U nicht mehr in die Räumlichkeiten des B. B verlangt Schadensersatz für das beschädigte Bild und Renovierung des Wohnzimmers. Zu Recht?

B steht der Primäranspruch aus § 631 BGB zu. U ist aufgrund des Werkvertrages verpflichtet, das vereinbarte Werk, also die Renovierung, herzustellen. Weiterhin kann B aufgrund des beschädigten Bildes Schadensersatzansprüche geltend machen. Hierfür bieten sich mehrere Anspruchsgrundlagen an. Zum einen kommt ein Anspruch wegen Nebenpflichtverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB in Betracht. Zum anderen kann B Schadensersatz wegen Eigentumsverletzung aus § 823 Abs. 1 BGB verlangen. Zunächst ist der Primäranspruch zu erörtern. Erst dann ist auf Schadensersatzansprüche einzugehen.

cc) Schema der Anspruchsgrundlagen

Alle Anspruchsgrundlagen prüfen!

Häufig kommen für ein Leistungsbegehren mehrere Anspruchsgrundlagen in Betracht, die in kumulativer Konkurrenz zueinander stehen (zu Konkurrenzen siehe unter C. III. 3.).

Beispiele:

In dem gerade genannten Beispiel kann B von U Schadensersatz sowohl aus § 280 Abs. 1 BGB als auch aus § 823 Abs. 1 BGB verlangen.

Der Verleiher verlangt eine ihm gehörende Sache vom Entleiher heraus. Er kann vorgehen aus Leihvertrag (§ 604 BGB) und aus Eigentum (§ 985 BGB).

Gutachterliche Vollständigkeit

In einem solchen Fall sind alle ernsthaft in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu prüfen. Auch wenn bereits eine Anspruchsgrundlage bejaht wurde, also die gewünschte Rechtsfolge ausgelöst wurde, sind die weiteren nicht von vornherein auszuschließenden Anspruchsgrundlagen zu prüfen. Es gilt der Grundsatz der **gutachterlichen Vollständigkeit**. Denn auch wenn die jeweiligen Anspruchsgrundlagen zwar dieselben Rechtsfolgen bieten, unterscheiden sie sich regelmäßig in den Tatbestandsvoraussetzungen. Daher kann es sein, dass die gewünschte Rechtsfolge über eine der in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen einfacher auszulösen ist. Auch wenn mehrere Anspruchsgrundlagen einschlägig sind, kann der Anspruchsteller die gewünschte Rechtsfolge selbstverständlich nur einmal verlangen. Ihm stehen aber unterschiedliche Möglichkeiten zur Verfügung, die jeweils darzustellen sind.

Beispiel:

In dem gerade genannten Fall kann B von U Schadensersatz aus § 280 Abs. 1 BGB und § 823 Abs. 1 BGB verlangen. Beide Anspruchsgrundlagen setzen voraus, dass der Schädiger vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Während der Geschädigte B dies bei dem Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB jedoch beweisen muss, wird ein zumindest fahrlässiges Verhalten des U bei dem Anspruch aus § 280 Abs. 1 BGB vermutet. Bei dieser Anspruchsgrundlage muss also der Schädiger U beweisen, dass er nicht vorsätzlich oder fahrlässig gehandelt hat. Daher kann B seinen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB unter leichteren Voraussetzungen gerichtlich geltend machen.

Auch wenn es auf den ersten Blick nicht einleuchten mag, dient der Grundsatz der gutachterlichen Vollständigkeit einer **effektiven Arbeitsweise**. Sehen Sie Ihre Klausur als eine Diskussionsgrundlage mit der Sie Ihre Kollegen von Ihrer Lösung überzeugen wollen. Haben Sie bei einer Unterredung nur eine Anspruchsgrundlage vorzustellen und teilen Ihre Kollegen die von Ihnen vertretene Meinung nicht, wäre die Besprechung beendet. Sie müssten nach erneuter Durcharbeit des Falles eine weitere Besprechung anberaumen, bei der Sie die weiteren Anspruchsgrundlagen zur Diskussion stellen. Können Sie hingegen bereits zu Beginn alle

Anspruchsgrundlagen zur Diskussion stellen, kann der Fall in einer einzigen Sitzung endgültig abgehandelt werden. Trotz des vermeintlich höheren Arbeitsaufwandes gelangt man also zu einer schnelleren Erledigung des Falles.

Stets sind die einzelnen Anspruchsgrundlagen getrennt abzuhandeln. Es ist verfehlt, alle in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen zu Beginn der Prüfung zu nennen. Vielmehr ist sofort mit der Untersuchung einer von ihnen zu beginnen.

Die Reihenfolge der Anspruchsgrundlagen ist nicht beliebig. Sie ergibt sich aus dem materiell-rechtlichen Verhältnis der verschiedenen Ansprüche. Ansprüche aus Rechtsverhältnissen, die andere Rechtsverhältnisse verdrängen oder beeinflussen können, gehören an den Anfang. Subsidiäre Rechtsverhältnisse gehören an den Schluss. Nur soweit Anspruchsgrundlagen gleichrangig und voneinander unabhängig sind, ist dem Bearbeiter ein Ermessensspielraum eingeräumt. Im Rahmen des Ermessensspielraums sind jedoch oftmals klausurtaktische Erwägungen anzustellen.

Reihenfolge folgt aus materiellem Recht

(i) Vertragliche Ansprüche

Die vertraglichen Ansprüche stehen am Anfang, weil die freiwillige und individuelle Vereinbarung der Beteiligten den gesetzlichen Regelungen in der Regel vorgeht. Methodisch gleichrangig sind nur die sachenrechtlichen Herausgabeansprüche, vor allem aus §§ 861, 985, 1007 BGB. Konkurrieren diese Herausgabeansprüche mit vertraglichen Ansprüchen auf Herausgabe, empfiehlt es sich aus klausurtaktischen Gründen, die vertraglichen Ansprüche voranzustellen, weil ein bestehendes Vertragsverhältnis z.B. ein Recht zum Besitz nach § 986 BGB darstellen kann. Würde man mit dem Herausgabeanspruch aus § 985 BGB beginnen, müsste man das Bestehen des Vertragsverhältnisses im Rahmen dieser Prüfung, also inzidenter, abhandeln. Hierdurch leidet meist die Verständlichkeit. Mit den dinglichen Anspruchsgrundlagen wird man daher nur dann beginnen, wenn das Hauptproblem eindeutig in der Zuordnung des Eigentums liegt.

Vorrang vertraglicher Ansprüche

Falsch ist es, einfach Ansprüche "aus Vertrag" zu prüfen, da das Vertragsrecht ganz verschiedene Anspruchsgrundlagen kennt. Es ist zwischen **Primäransprüchen**, **Sekundäransprüchen** und **Tertiäransprüchen** zu unterscheiden. Kommen mehrere in Betracht, sind die Primäransprüche zuerst zu prüfen (siehe unter E. I. 3. b. bb.).

Primäransprüche

Sekundäransprüche sind in folgender Reihenfolge zu prüfen: Unmöglichkeit, Schuldnerverzug, Gewährleistung wegen Sach- oder Rechtsmängel, positive Vertragsverletzung (z.B. wegen fehlender gesetzlicher Gewährleistungsregel), ggf. Wegfall der Geschäftsgrundlage.

Sekundäransprüche

(ii) Vertragsähnliche Ansprüche

Vertragsähnliche Ansprüche

In diese Kategorie gehören vor allem Ansprüche aus Verschulden bei Vertragsschluss (c.i.c., §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 BGB), Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff. BGB), Einbringung von Sachen bei Gastwirten (§§ 701 ff. BGB), sonstiger positiver Forderungsverletzung (z.B. Verletzung von Schutzpflichten im Hinblick auf die sonstigen Rechtsgüter der Parteien, § 280 Abs. 1 BGB), aber auch Ansprüche gegen den Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 179 BGB) sowie Schadensersatzansprüche gegen den Anfechtenden (§ 122 BGB).

(iii) Sachenrechtliche Ansprüche

Sachenrechtliche Ansprüche

Im Vordergrund stehen hier die Herausgabeansprüche und die sonstigen Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis (§§ 987 ff. BGB), sowie im Immobiliarsachenrecht Ansprüche auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB und Ansprüche auf Duldung der Zwangsvollstreckung gem. § 1147 BGB. Auch wenn es sich aus klausurtechnischen Gründen nicht anbietet, ist es nicht falsch, die Herausgabeansprüche auch vor den vertraglichen Ansprüchen zu prüfen (siehe unter E. I. 3. b. cc.). Sonstige Ansprüche aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis sind dagegen stets nach den vertraglichen Ansprüchen zu prüfen, da die §§ 987 ff. BGB durch vertragliche Regelungen ausgeschlossen oder modifiziert werden können. Bei Hypotheken und Pfandrechten, aber auch bei Sicherungsgrundschulden, ist zunächst die gesicherte obligatorische Forderung und erst danach das dingliche Recht zu prüfen, soweit die Fallfrage dies vorgibt.

(iv) Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung (§§ 812 ff. BGB)

Bereicherungsrecht

Bei den bereicherungsrechtlichen Ansprüchen geht es darum eine zu Unrecht bestehende Vermögensverschiebung wieder rückgängig zu machen. Bereicherungsrechtliche Ansprüche sind nach den dinglichen Ansprüchen zu prüfen, weil **§ 993 Abs. 1 a.E. BGB** neben Schadensersatzansprüchen auch Nutzungsersatzansprüche verdrängt. Das Bereicherungsrecht bietet als eine mögliche Rechtsfolge nach § 818 Abs. 1 BGB auch die Möglichkeit Nutzungsherausgabe zu fordern. Insoweit sind bereicherungsrechtliche Ansprüche daher nicht neben Ansprüchen aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis anwendbar. Keine zwingende Reihenfolge besteht hingegen im Vergleich zu den deliktischen Ansprüchen. Daher könnten deliktische Ansprüche auch vor bereicherungsrechtlichen geprüft werden. Welche Reihenfolge man zwischen diesen Anspruchssystemen einhält, richtet sich in erster Linie nach dem Schwerpunkt der zu bearbeitenden Frage. Liegt der Schwerpunkt im Bereicherungsrecht, sind derartige Ansprüche vor den deliktischen zu prüfen, damit bei Zeitknappheit zumindest der Schwerpunkt der Arbeit geprüft wurde. Anderenfalls ist umgekehrt zu verfahren.

Da die §§ 812 ff. BGB mehrere Anspruchsgrundlagen enthalten, empfiehlt sich auch hier eine bestimmte Reihenfolge:

- 1) Ansprüche aus § 816 BGB, da es sich um eine Spezialregelung handelt (beachten Sie, dass § 816 BGB drei unterschiedliche Ansprüche enthält).
- 2) Leistungskonditionen (§§ 812 Abs. 1 S. 1, 1. Alt., 812 Abs.1 S. 2, 813, 817 S. 1 BGB).
- 3) Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BGB).
- 4) Rückgriffs- und Verwendungskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 1, 2. Alt.).

(v) Ansprüche aus unerlaubter Handlung. (§§ 823 ff. BGB) und Gefährdungshaftung (z.B. § 7 StVG, § 1 Haftpflichtgesetz)

Bei den Ansprüchen aus unerlaubter Handlung und Gefährdungshaftung geht es nicht nur um die Rückgängigmachung unberechtigter Vermögensverschiebungen, sondern insgesamt um die Wiedergutmachung eines Schadens.

Deliktische
Ansprüche

Regelmäßig sind diese deliktischen Ansprüche nach Ansprüchen aus dem Eigentümer-Besitzer-Verhältnis zu prüfen, da die §§ 987 ff. BGB die §§ 823 ff. BGB teilweise verdrängen (vgl. § 993 Abs. 1 a.E. BGB).

Innerhalb der deliktischen Ansprüche kann man drei Gruppierungen unterscheiden (siehe unter B. III. 2. b. bb.). Erstens gibt es solche Ansprüche, die ein nachgewiesenes Verschulden erfordern (z.B. § 823 Abs. 1 BGB), zweitens solche die an ein vermutetes Verschulden anknüpfen (z.B. § 831 BGB, § 18 StVG) und drittens solche die ein Verschulden nicht voraussetzen (sog. Gefährdungshaftung). Hierzu zählen z.B. § 7 StVG, § 833 S. 1 BGB, § 1 HaftpflichtG. Zwischen diesen deliktischen Haftungssystemen gibt es keine zwingend einzuhaltende Reihenfolge. Zu beachten ist jedoch, dass die Tatbestände der Gefährdungshaftung meist geringere Voraussetzungen an eine Ersatzpflicht stellen, den Geschädigten damit schneller zum Ziel führen.

1. Vertragliche Ansprüche
2. Quasivertragliche Ansprüche
3. Dingliche Ansprüche
4. Bereicherungsrechtliche Ansprüche
5. Deliktische Ansprüche

dd) Die Prüfung des einzelnen Anspruchs

Bei der Prüfung eines Anspruchs sind sowohl die Anspruchsgrundlage als auch die möglichen Gegenrechte anzusprechen (siehe unter C. III. 2.). Daher erfolgt die Prüfung eines Anspruchs in drei Schritten:

1. Ist der Anspruch entstanden?
2. Ist der Anspruch untergegangen oder inhaltlich verändert worden?
3. Ist der Anspruch einredebehaftet?

(i) Die Anspruchsentstehung

Anspruch
entstanden?

In einem ersten Schritt ist festzustellen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage, die das Anspruchsbegehren stützt, vorliegen. Wenn dies bereits zu verneinen ist, endet die Prüfung des Anspruchs bereits an dieser Stelle.

Rechtshindernde
Einwendungen?

Liegen die Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage vor, so ist noch nicht geklärt, ob der Anspruch entstanden ist. Vielmehr muss weiter geprüft werden, ob dem Anspruch **rechtshindernde Einwendungen** entgegenstehen (siehe unter C. III. 2. d.).

Rechtshindernde Einwendungen – dies ist bereits dem Begriff selbst zu entnehmen – hindern die Entstehung des Anspruchs. Beispiele bilden die §§ 116 S. 2, 117, 118, 125, 134, 138 BGB. Sie erkennt man regelmäßig daran, dass der Gesetzgeber die Rechtsfolge der Nichtigkeit anordnet oder einen Anspruch von vornherein ausschließt.

Beispiel:

A verkauft dem minderjährigen B einen gebrauchten CD-Player und verlangt von B nach einer Woche den Kaufpreis in Höhe von 100,- Euro. B hat aber kein Interesse mehr an dem CD-Player. B's Eltern erklären, dass sie mit dem Geschäft ihres Sohnes nicht einverstanden seien.

Lösung: A könnte gegen B einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB haben. A und B (das kann man hier unterstellen) haben zwei übereinstimmende Willenserklärungen mit dem wesentlichen Inhalt des Kaufvertrags abgegeben. Dieser Vertrag könnte aber gemäß §§ 106, 108, 107 BGB unwirksam sein, da der minderjährige B ohne Einwilligung seiner Eltern den Vertrag über den CD-Player abgeschlossen hat. B ist nach § 106 BGB in seiner Geschäftsfähigkeit beschränkt. Verträge, die für B nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sind, bedürfen zur Wirksamkeit daher der Einwilligung durch die gesetzlichen Vertreter. Durch den Kaufvertrag wird B verpflichtet, einen Kaufpreis zu zahlen. Ihn trifft also auch ein rechtlicher Nachteil. Folglich ist dieser Vertrag für B nicht lediglich rechtlich vorteilhaft. Da eine vorherige Zustimmung (Einwilligung) nicht vorliegt, hängt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts gem. § 108 BGB somit von der nachträglichen Zustimmung der gesetzlichen Vertreter ab (sogenannte schwebende Unwirksamkeit des Vertrags bis zur Entscheidung der Eltern). Gesetzliche Vertreter

des Kindes sind nach §§ 1626, 1629 BGB die Eltern. Diese hätten den Vertrag daher genehmigen müssen. Hier sind die Eltern mit dem Geschäft des Sohnes nicht einverstanden, so dass der Vertrag endgültig unwirksam ist. Ein vertraglicher Anspruch ist also gar nicht erst entstanden. A hat keinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises.

Der Anspruch ist also erst entstanden, wenn sowohl die Tatbestandsvoraussetzungen der Anspruchsgrundlage gegeben sind und rechtshindernde Einwendungen nicht vorliegen.

(ii) Untergang des Anspruchs

Ist der Anspruch wirksam entstanden, müssen Sie in einem zweiten Schritt fragen, ob der Anspruch nicht inzwischen untergegangen oder verändert worden ist.

Rechtsvernichtende
Einwendungen?

Zu prüfen sind folglich **rechtsvernichtende bzw. rechtsverändernde Einwendungen** (siehe unter C. III. 2. d.).

Zu den rechtsvernichtenden Einwendungen zählen u.a.:

- Erlöschen durch Erfüllung, §§ 362, 364 Abs.1 BGB
- Erlöschen durch Erfüllungssurrogate, z.B. §§ 364 Abs. 2, 372 BGB
- Erlass und negatives Schuldanerkenntnis, § 397 BGB
- Aufhebungsvertrag, §§ 241, 311 Abs. 1 BGB
- Abänderungsvertrag und Schuldersetzung, §§ 241, 311 Abs. 1 BGB
- Erlöschen infolge Unmöglichkeit, §§ 275 Abs. 1, 326 Abs. 1 BGB
- Abgabe einer rechtsgestaltenden Erklärung:
 - Nichtigkeit wegen Anfechtung, § 142 BGB
 - Aufrechnung, §§ 387, 389 BGB
 - Rücktritt, § 346 BGB
 - Kündigung, z.B. § 314 BGB
 - Wegfall der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB

Rechtsvernichtende Einwendungen erkennt man regelmäßig daran, dass durch sie ein Schuldverhältnis erlischt, vgl. Wortlaut der §§ 362 Abs. 1, 389 BGB. Wenn eine rechtsvernichtende Einwendung vorliegt, ist der einmal entstandene Anspruch nachträglich in seinem Bestand verändert worden. Er kann also nicht mehr in der ursprünglichen Gestalt geltend gemacht werden.

(iii) Prüfung von Einreden

Stehen dem
Anspruch Einreden
entgegen?

Sollte keine rechtsvernichtende Einwendung Platz greifen, der Anspruch also (fort)bestehen, kann der Anspruch jedoch einredebehaftet sein. Man bezeichnet **Einreden** auch als **rechtshemmende Einwendungen**, denn diese hindern weder die Entstehung des Anspruchs noch zerstören sie den Anspruch (siehe unter C. III. 2. d.). Sie hemmen lediglich die Durchsetzbarkeit des bestehenden Anspruchs. Daher benutzt der Gesetzgeber zur Kennzeichnung von Einreden meist die Formulierung „kann verweigern“ (beachte aber die wichtige Ausnahme des § 986 BGB, der eine negative Tatbestandsvoraussetzung darstellt).

Eine solche **Einrede** entfaltet als sogenanntes Gegenrecht aber nur Wirkung, wenn sich der Anspruchsgegner darauf beruft. Im Gegensatz dazu sind rechtshindernde und –vernichtende Einwendungen von Amts wegen zu berücksichtigen, das heißt, der Richter muss sie berücksichtigen, selbst wenn der Anspruchsgegner nicht deutlich macht, dass er sich auf diese Gegenrechte berufen will.

Bei Einreden muss man reden.

In einer **Klausur** sind die in Betracht kommenden Einreden aber auch dann zu prüfen, wenn der Anspruchsgegner diese im Sachverhalt nicht ausdrücklich geltend macht.

Herkömmlich werden die Einreden dabei in zwei Gruppen unterteilt. Maßgebliches Kriterium für die Unterteilung ist dabei die Intensität der Hemmung der Durchsetzung.

(1) Peremptorische Einreden

Ausschließende
Einreden

Peremptorische (ausschließende) Einreden hemmen die Durchsetzung eines Anspruchs dauernd. Hierher gehören vor allem die Verjährung gem. § 214 BGB, die Einrede der Bereicherung gem. § 821 BGB und die Mängleinrede (z.B. § 438 Abs. 4 S. 2 BGB).

Beispiel:

Wenn der B dem Kaufpreisanspruch des A die Einrede der Verjährung entgegenhält, so steht dem Schuldner B ein dauerndes Leistungsverweigerungsrecht gegen den Anspruch des A zu. Es ist aber nochmals darauf hinzuweisen, dass die Hemmung des Anspruchs davon abhängig ist, dass der Schuldner dieses Recht geltend macht.

Klagt also A den verjährten Kaufpreisanspruch ein, so muss der Richter dem Anspruch stattgeben, wenn B sich nicht auf die Verjährung beruft.

(2) Dilatorische Einreden

Dilatorische (aufschiebende) Einreden hemmen die Durchsetzung eines Anspruchs nicht dauernd, sondern nur für einen begrenzten Zeitraum. In diese Gruppe gehören vor allem die Stundung, das Zurückbehaltungsrecht gem. §§ 273, 1000 BGB und die Einrede des nicht erfüllten Vertrages gem. § 320 BGB.

Aufschiebende
Einreden

Beispiel:

Hat der Verkäufer die verkaufte Sache noch nicht geliefert, so kann der Käufer dem Zahlungsverlangen des Verkäufers aus § 433 Abs. 2 BGB die Einrede des § 320 BGB entgegenhalten. Der Käufer braucht erst dann zu leisten, wenn er den Kaufgegenstand erhält.

Die Differenzierung zwischen peremptorischen und dilatorischen Einreden muss im Gutachten grundsätzlich nicht dargestellt werden, weil beide Arten der Einrede die gleiche Rechtsfolge auslösen. Wichtig ist die Unterscheidung aber beispielsweise bei der Prüfung eines Anspruchs aus § 813 BGB. Dieser setzt voraus, dass man trotz Bestehens einer dauernden, also peremptorischen Einrede eine Leistung erbracht hat.

Klausurrelevanz

ee) Stufendenken

Nur wenn der Anspruch entstanden ist und diesem Anspruch keine Einwendungen entgegenstehen, kann die gewünschte Rechtsfolge ausgelöst werden. Auf diese Art werden in die Anspruchsprüfung sowohl die anspruchsbegründenden Merkmale eingebaut, als auch die Gegenrechte dargestellt. Im Rahmen der Prüfung ist es entscheidend, die Probleme des Falles an der richtigen Stelle zu verorten. Stehen z.B. rechtsvernichtende Einwendungen in Rede, müssen Sie in Ihrem Gutachten ein **Stufendenken** beherzigen. Wenn K bereits den Kaufpreis an V gezahlt hat, wäre es verfehlt direkt auf die rechtsvernichtende Einwendung der Erfüllung einzugehen, bevor nicht mögliche Hinderungsgründe überprüft wurden. Erst wenn der Zahlungsanspruch des V gegen K entstanden ist, kann auf die rechtsvernichtende Einwendung der Erfüllung eingegangen werden. Anfänger stürzen sich schnell auf das vermeintliche ins Auge springende Problem des Falles, ohne diese Reihenfolge einzuhalten. Dies führt zwangsläufig zu Fehlern. Ist K nämlich minderjährig und haben die Eltern keine Zustimmung zu dem Geschäft erteilt, war K von Anfang an nicht zur Zahlung verpflichtet. Es ergeben sich dann Folgeansprüche des K gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises aus § 812 Abs. 1 S. 1, 1. Var. BGB. Diese fallen aus dem Blick, wenn man sich direkt auf die vermeintliche rechtsvernichtende Einwendung der Erfüllung stürzt. Darüber hinaus wären die Voraussetzungen des § 362 Abs. 1 BGB im Übrigen nicht erfüllt! Die Norm setzt nämlich das Bewirken der geschuldeten Leistung voraus. Aufgrund der rechtshindernden Einwendung bestand aber gar keine geschuldete Leistung zwischen den Parteien. Wer also

angenommen hätte, dass das Schuldverhältnis durch die Zahlung des Geldes erloschen ist, wäre zu einer falschen Lösung gekommen.

c) **Vollständigkeit der Lösungsskizze**

Die nach den dargestellten Grundsätzen zu erarbeitende Lösungsskizze sollte vollständig sein. Dies betrifft zunächst den bereits angesprochenen Grundsatz der **gutachterlichen Vollständigkeit** (siehe unter E. I. 3. b. cc.). Ferner muss der gewählte Lösungsweg vor Beginn der Reinschrift feststehen. Das bedeutet, dass **alle Rechtsfragen** bereits bei Erstellung der Gliederung zu durchdenken und einer Lösung zuzuführen sind. Sollte sich der Bearbeiter an einer Stelle noch nicht entschieden haben, dann muss zumindest klar sein, wie sich der Fall nach der einen oder anderen Lösung weiterentwickelt. Wenn Sie erst während der Reinschrift versuchen, die Richtung zu klären, verlieren Sie schnell den Überblick und es besteht die Gefahr, dass Sie sich in Widerspruch zu vorherigen oder nachfolgenden Darlegungen setzen. Dies wäre ein grober Fehler, weil eine in sich widersprüchliche Argumentation niemals überzeugen kann. Daher sollte man großen Wert auf die Ausarbeitung der Lösungsskizze legen und dies auch regelmäßig üben.

Abschlusskontrolle

Wenn die Lösungsskizze ausgearbeitet ist, sollte eine **Kontrolle** mit den bei der Sachverhaltserfassung angefertigten Blättern erfolgen. Hierbei ist zu überprüfen, ob alle Punkte, die beim „brainstorming“ niedergeschrieben wurden, in der Gliederung auftauchen bzw. als irrelevant beiseite gelassen werden können. Außerdem ist festzustellen, ob alle Daten richtig zugeordnet wurden. Letztlich ist zu kontrollieren, ob die im Sachverhalt geäußerten Rechtsansichten der Parteien Niederschlag gefunden haben. Hierdurch steigert sich die Wahrscheinlichkeit, dass der vorliegende Sachverhalt umfassend einer juristischen Bewertung zugeführt wurde.

II. **Die Anfertigung des Gutachtens**

Wenn die Vorarbeiten geleistet wurden, kann mit der Niederschrift begonnen werden. Hierbei ist neben der Einhaltung bestimmter technischer Regeln insbesondere auf eine verständliche Darstellung zu achten. Bedenken Sie, dass der Korrektor nur die geschriebenen Zeilen sieht und bewertet. Er kann keine Nachfragen stellen. Deshalb müssen Sie präzise formulieren und den Korrektor durch ihre Formulierungen „an die Hand nehmen“.

1. **Technische Regeln**

a) **Gutachtenstil**

Fallbearbeitung im Gutachten

Im Rahmen einer Fallbearbeitung hat der Bearbeiter grundsätzlich ein Rechtsgutachten abzufassen, nicht etwa ein gerichtliches Urteil, es sei denn, der Sachverhalt bzw. die Fallfrage verlangen etwas anderes. Es ist

deshalb der **Gutachtenstil** (Ob-Stil) und nicht der **Urteilsstil** (Weil-Stil) einzuhalten.

Der Unterschied zwischen beiden Bearbeitungsmethoden ist vor allem sprachlicher und struktureller Art. Während im Urteil das Ergebnis vorangestellt und anschließend begründet wird, ist es beim Gutachtenstil genau umgekehrt. Hier steht das Ergebnis am Schluss, nachdem zunächst die Voraussetzungen der jeweiligen Norm dargestellt wurden und erörtert wurde, ob nach dem Sachverhalt diese Voraussetzungen erfüllt sind. Der Gutachtenstil ist durch eine **viergliedrige Gedankenfolge** geprägt. Zunächst ist eine Frage aufzuwerfen. Dann folgt die Bezeichnung der in Betracht kommenden Norm. Anschließend wird diese Norm subsumiert. Abschließend ist das Ergebnis zu formulieren. Diese Vorgehensweise hat sprachliche Auswirkungen und wird durch die Verwendung des Konjunktivs manifestiert.

Beispiel:

Zu Beginn einer Prüfung darf es daher **nicht** heißen:

V hat gegen K einen Anspruch auf Zahlung von € 1.000,-- aus § 433 Abs. 2 BGB, weil zwischen beiden ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde.

Richtig ist vielmehr:

"V könnte gegen K einen Anspruch auf Zahlung von € 1.000,-- haben. Als Anspruchsgrundlage kommt § 433 Abs. 2 BGB in Betracht. Dann müsste zwischen beiden ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen worden sein. Fraglich ist, ob ... "

Erst am Ende steht – wenn alle Voraussetzungen vorliegen – der Satz: "Damit hat V gegen K einen Anspruch auf Zahlung von € 1.000,-- aus § 433 Abs. 2 BGB."

Die gedankliche Abfolge muss sprachlich dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass sich die Gedanken durch Worte wie „folglich, daher, demnach, mithin, demzufolge, ...“ verknüpfen lassen. Ausdrücke wie „weil, da, denn, ...“ lassen hingegen den Urteilsstil erkennen. Oftmals lässt sich der Gutachtenstil durch ein einfaches Umstellen von Haupt- und Nebensatz erreichen. Der Satz: „V hat gegen K einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus § 433 Abs. 2 BGB, weil sie einen wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen haben“ kann in den Gutachtenstil umgestellt werden indem man formuliert: „V und K haben einen wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen, so dass V einen Anspruch auf Kaufpreiszahlung gegen K aus § 433 Abs. 2 BGB hat“.

Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass die Verwendung des Konjunktivs in den Obersätzen des Gutachtens teilweise abgelehnt wird. Es wird gegen die Verwendung des Konjunktivs eingewandt, dass sie grammatikalisch falsch bzw. sachlich irreführend sei (WOLF, JuS 1996, S. 30 [32]).

Verwendung des
Konjunktivs

Dieser Kritik kann nur teilweise beigepflichtet werden. Grammatikalisch falsch ist in der Tat der Gebrauch des Konjunktivs Irrealis. Beginnt die Prüfung eines Kaufpreisanspruchs mit dem Obersatz: „V hätte gegen K einen Anspruch auf Zahlung von € 1.000,--, wenn ein Kaufvertrag geschlossen worden wäre“ geht der Leser zu Recht davon aus, dass ein Vertragsschluss nicht vorliegt. Erfolgt im Anschluss dennoch die Prüfung des Kaufvertrages, so wird der Leser durch den Obersatz fehlgeleitet, zumindest aber überrascht.

Der genannte Einwand entfällt jedoch, wenn man sich – wie in dem obigen Beispiel – auf die Verwendung des *Konjunktivs Potentialis* (Möglichkeitsform) beschränkt. Darüber hinaus ist nicht erkennbar, warum der Obersatz, „V könnte gegen K einen Anspruch haben ...“ sachlich irreführend sein soll. Mit dieser Darstellungsform ist es vielmehr möglich, die anschließend behandelte Frage präzise und knapp zu formulieren.

Die alternativ vorgeschlagene Formulierung des Lösungsansatzes unter Verzicht auf den Konjunktiv ist jedoch ebenfalls nicht zu beanstanden. Demnach soll der Obersatz lauten: „V hat gegen K einen Anspruch auf Zahlung von € 1.000,--, wenn die Parteien einen Kaufvertrag geschlossen haben“ (näher dazu WOLF, JuS 1996, S. 30 [34 ff.]). Da die Verwendung des Konjunktivs (in der Möglichkeitsform) jedoch ganz überwiegend gelehrt und praktiziert wird, wird auch im Rahmen dieser Anleitung so verfahren.

Indikativ bei klarer Sachlage

Schließlich sei mit Nachdruck darauf hingewiesen, dass die Verwendung des Konjunktivs bei der Prüfung der Tatbestandsvoraussetzungen nicht sklavisch zu befolgen ist; bei offensichtlicher Möglichkeit einer Subsumtion kann vielmehr direkt die Feststellung der Tatbestandsvoraussetzungen im Indikativ erfolgen.

Beispiel:

Herr Ascom hat am 20.12.2004 bei Herrn Bobis einen Computer gekauft. Nach zwei Tagen stellt er fest, dass dieser statt mit einer 50 GB nur mit einer 20 GB Festplatte bestückt ist. Zudem ist die Festplatte gebraucht, wie sich aus der darauf befindlichen Adressenkartei des Arztes Gansari ergibt. Ascom verlangt die Rückabwicklung des Kaufvertrages. Wer hier den Prüfungspunkt Vertragsschluss, d.h. Angebot und Annahme problematisiert, lässt mangelndes Problembewusstsein erkennen (siehe zur Verwendung von Rechtsbegriffen im Sachverhalt unter E. I. 1.). Diese Tatbestandsvoraussetzung liegt offensichtlich vor, so dass dies sogleich im Indikativ festgestellt werden kann. Es bedarf nur der Feststellung: „Ein Kaufvertrag zwischen A und B ist zustande gekommen“.

Daneben können unproblematische Aspekte auch im Urteilsstil abgefasst werden. Es kennzeichnet eine gelungene Arbeit, dass sie die Schwerpunkte richtig setzt, also das Wesentliche ausführlich im Gutachtenstil erörtert, das Unwesentliche aber kurz im Indikativ oder Urteilsstil abhandelt.

Die richtige Schwerpunktsetzung ist einzelfallbezogen und kann nur durch eine regelmäßige Übung erlernt werden.

b) Subsumtion

Im Rahmen der Anspruchsprüfung sind die einzelnen Voraussetzungen (Tatbestandsmerkmale) der Anspruchsgrundlage und möglicher Gegennormen durch Subsumtion des Sachverhalts zu prüfen. In diesen Normen sind also die Voraussetzungen aufgestellt, an deren Vorliegen eine Rechtsfolge geknüpft ist. Bei der Rechtsanwendung ist zu überprüfen, ob die abstrakt gehaltenen Tatbestandsvoraussetzungen einer Norm den konkreten Lebenssachverhalt erfassen. Es wird also von einer allgemeinen Regel auf eine konkrete Aussage geschlossen (Deduktionschluss).

Deduktion

Jede Tatbestandsvoraussetzung einer Norm muss zunächst **definiert** und anschließend der Sachverhalt unter die Merkmale der Definition **subsumiert** werden. **Subsumtion** bedeutet, dass der Lebenssachverhalt der Norm zugeordnet werden muss. Es wird geprüft, ob die abstrakten Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt sind. Dies geschieht, indem aus der anzuwendenden Rechtsnorm ein Obersatz und aus den Fakten des Sachverhaltes ein Untersatz gebildet wird. In einem Schlusssatz werden beide Sätze einer juristischen Beurteilung zugeführt.

Die Subsumtion

Beispiel:

Nach § 104 Nr. 1 BGB ist geschäftsunfähig, wer das siebente Lebensjahr noch nicht vollendet hat (Obersatz aus § 104 Nr. 1 BGB). K ist vier Jahre alt (Untersatz aufgrund der Fakten des Sachverhaltes). Folglich ist K geschäftsunfähig (Schlusssatz).

Die Bildung eines Schlusssatzes ist nur möglich, wenn die Tatbestandsmerkmale des Obersatzes klar umrissen sind. Daher müssen die Tatbestandsmerkmale zuvor definiert werden. Die Begriffsbestimmung ist durch Auslegung der Norm (siehe unter D. II.) vorzunehmen und so präzise wie möglich zu fassen. Dieser Vorgang der Definition und Subsumtion erfolgt für jede der in der Norm genannten Voraussetzungen nacheinander. Auch bei der Subsumtion ist demnach ein Stufendenken anzuwenden (siehe hierzu unter E. I. 3. b. ee.). Daher sind in einem ersten Schritt alle Tatbestandsmerkmale der Norm herauszuarbeiten. Pro Norm sind dann so viele Subsumtionen vorzunehmen, wie die Norm Tatbestandsmerkmale aufweist.

Vergegenwärtigen Sie sich nochmals den Ausgangsfall des gestohlenen Autos (S. 85) und nehmen Sie an, B hätte in das Auto einen neuen Auspuff eingebaut. In diesem Fall will B natürlich Geldersatz, wenn er dem wahren Eigentümer das Auto herausgeben muss. Diesen Anspruch könnte B auf § 994 Abs. 1 BGB stützen. Bevor Sie mit der Subsumtion beginnen, müssen Sie die Tatbestandsvoraussetzungen des § 994 Abs. 1 BGB herausarbeiten. Die Norm setzt voraus, dass der Anspruchsteller

- unrechtmäßiger Besitzer war,
- er hinsichtlich seines Besitzrechts gutgläubig und unverklagt war,
- es sich bei der Maßnahme um eine Verwendung gehandelt hat und
- die Maßnahme notwendig war.

Allein für diese Vorschrift sind also vier Subsumtionen vorzunehmen. Die Tatbestandsmerkmale sind grundsätzlich zu definieren. Bei dem Merkmal "Verwendung" genügt es zum Beispiel nicht zu schreiben, die Reparatur des Autos stelle eine Verwendung auf das Auto dar. Das ist eine bloße Behauptung! Vielmehr muss zunächst ausgeführt werden, was unter einer Verwendung zu verstehen ist (s. BGH v. 20.5.1964, BGHZ 41, S. 341, 346). Alsdann ist zu prüfen, ob die Reparatur des Autos (Auspuff) die Merkmale des Begriffs ausfüllt.

Beispiel:

§ 994 BGB setzt weiter voraus, dass eine Verwendung vorliegt (Obersatz). Verwendungen sind Vermögensaufwendungen, die zumindest auch der Sache zugute kommen, indem sie ihrer Erhaltung dienen (Definition des Tatbestandsmerkmals). Mit dem Einbau des Auspuffs setzte B freiwillig einen Teil seines Vermögens ein, um das Auto in seiner Funktionsfähigkeit zu erhalten (Untersatz). Somit ist der Einbau des Auspuffs eine Verwendung (Schlusssatz).

Intensitätsgrad der Subsumtion

Zu beachten ist, dass die Subsumtion in unterschiedlicher Ausführlichkeit erfolgen kann. In bestimmten Fällen wird die Subsumtion nur gedanklich vorgenommen, ohne dass sie zu Papier gebracht wird. Dies ist der Fall, wenn das Ergebnis derart offensichtlich ist, dass eine Erörterung überflüssig wäre. Wenn A dem B ein Buch nach § 929 S. 1 BGB übereignet, wären Ausführungen über die Sachqualität des Buches nach § 90 BGB fehl am Platze. Im Übrigen aber ist die Erörterung der Tatbestandsmerkmale nach der Subsumtionstechnik niederzuschreiben. Dabei lassen sich jedoch unterschiedliche Intensitätsgrade der Subsumtionstechnik anwenden. Wenn die Subsumtion für den Leser unproblematisch nachzuvollziehen ist, kann man Sachverhalt und Gesetzestext direkt miteinander verbinden. Dies ist möglich, wenn das Tatbestandsmerkmal bereits aus sich selbst heraus einen eindeutigen Inhalt hat und auch die tatsächlichen Fakten aus dem Sachverhalt leicht verständlich sind. In dem obigen Beispiel des geschäftsunfähigen Kindes (S. 104) hätte man daher auch formulieren können: „Der vier Jahre alte K ist nach § 104 Nr. 1 BGB geschäftsunfähig“. Ist jedoch das Tatbestandsmerkmal klärungsbedürftig oder sind die tatsächlichen Angaben aus dem Sachverhalt kompliziert, sind die verschiedenen Stufen der Subsumtion möglichst klar und verständlich schriftlich niederzulegen. Durch eine präzise Darlegung der ein-

zelenen Schritte steigt die Wahrscheinlichkeit, eine entscheidende Differenzierung des Falles und damit den Schwerpunkt der Klausur zu erkennen.

Die Rechtsfolge einer Norm tritt nur ein, wenn der Sachverhalt unter alle Voraussetzungen subsumiert werden kann. Fehlt nur eine der Voraussetzungen, so tritt die Rechtsfolge, die die Anspruchsgrundlage anordnet, hingegen nicht ein. Bei der Prüfung der einzelnen Voraussetzungen ist ein Stufendenken anzuwenden (siehe unter E. I. 3. b. ee.). Danach sind die Probleme nacheinander zu lösen. Die tatsächlichen Probleme müssen an der richtigen Stelle, das heißt bei dem jeweiligen Tatbestandsmerkmal, juristisch erörtert werden. Nur so können die Gedankengänge nachvollzogen werden. Fehlerhaft wäre es hingegen möglichst alle Probleme direkt und in einem Satz anzusprechen.

Logische
Gedankenführung

aa) Übersicht zur Subsumtion im Gutachtenstil

Schema:

1. Obersatz
Enthält Anspruchsgrundlage und Rechtsfolge (4 x W)
2. Voraussetzung der Anspruchsgrundlage anhand der abstrakten Tatbestandsmerkmale aufzeigen
3. Erstes Tatbestandsmerkmal
 - a) Klärung der Bedeutung des ersten Tatbestandsmerkmals anhand einer Definition (abstrakt)
 - b) Subsumtion, d.h. der Sachverhalt wird unter die Definition gefasst (konkret)
 - c) Formulierung eines (Zwischen-)Ergebnisses
4. Weitere Tatbestandsmerkmale
5. Zusammenfassung
Liegen alle Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage vor?
6. Rechtsfolge

Erläuterung des Schemas anhand eines Falles:

A will B eine Uhr für €500,-- verkaufen. B sagt, dass er einverstanden sei, allerdings müsse A bei dem Preis schon auf dem Boden der Uhr "In Liebe B" eingravieren und das versilberte Armband der Uhr gegen ein vergoldetes austauschen. A sagt, dass er an der Uhr so nichts verdienen könne und fordert von B die Zahlung des vollen Kaufpreises von €500,--.

Kann A von B €500,-- verlangen?

1. Obersatz

Enthält Anspruchsgrundlage und Rechtsfolge (4 x W)

A könnte gegen B einen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 Abs. 2 BGB haben.

2. Voraussetzung der Anspruchsgrundlage anhand der abstrakten Tatbestandsmerkmale aufzeigen

A könnte den Kaufpreis verlangen, wenn zwischen A und B ein Kaufvertrag zustande gekommen ist.

3. Erstes Tatbestandsmerkmal

a) Klärung der Bedeutung des ersten Tatbestandsmerkmals anhand einer Definition

b) Subsumtion, d.h. der Sachverhalt wird unter die Definition gefasst

c) Formulierung eines (Zwischen-)Ergebnisses

3 a) Definition

Ein Kaufvertrag kommt zustande durch Angebot und Annahme, die inhaltlich übereinstimmen müssen und mit Bezug aufeinander abgegeben werden.

Beachte:

Hier kann noch keine Subsumtion erfolgen, da die Begriffe Angebot und Annahme ebenfalls erst definiert werden müssen. Es erfolgt also eine Schachtelsubsumtion.

3 a) Weitere Definition (Angebot)

Ein Angebot ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die ein Vertragsschluss einem anderen so angetragen wird, dass nur von dessen Einverständnis das Zustandekommen des Vertrages abhängt. Das Angebot muss inhaltlich so bestimmt sein, dass die Annahme durch eine bloße Zustimmung des anderen erfolgen kann.

3 b) Subsumtion

Indem A dem B sagt, er könne die Uhr für € 500,-- kaufen, gibt er eine Erklärung zum Abschluss eines Kaufvertrages ab, das so konkret ist, dass es von B durch ein einfaches „Ja“ angenommen werden könnte. Demnach liegt ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages vor.

3 a) Weitere Definition (Annahme)

B müsste dieses Angebot angenommen haben. Annahme ist eine grundsätzlich empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger dem Antragenden sein Einverständnis mit dem angebotenen Vertragsschluss zu verstehen gibt.

3 b) Subsumtion

B hat dem Angebot des A nicht einfach zugestimmt. Vielmehr forderte er noch zusätzliche Leistungen, nämlich eine Gravur und ein anderes Armband. Somit hat B das Angebot des A, die Uhr für € 500,-- zu kaufen, nicht angenommen. Er hat sich mit dem Inhalt des Angebots nicht einverstanden erklärt.

3 c) Zwischenergebnis

Die bislang erörterten Willenserklärungen stimmen also nicht überein, so dass diese zu keinem Vertragsschluss geführt haben.

Die weiteren Subsumtionen sind evident, so dass eine bloße Feststellung genügt.

Gem. § 150 Abs. 2 BGB gilt die Annahme unter Einschränkungen jedoch als ein neues Angebot. Dieses müsste seinerseits A angenommen haben. Indem A erklärte, er könne so nichts verdienen, lehnte er das Angebot des B ab.

4. Weitere Tatbestandsmerkmale sind nicht vorhanden

5. Zusammenfassung

Da A keine Annahmeerklärung abgegeben hat, ist ein Kaufvertrag über die Uhr nicht zustande gekommen.

6. Rechtsfolgen (Logischer Schluss aus der Erfüllung oder Nichterfüllung der Tatbestandsmerkmale)

A kann von B nicht die Zahlung des Kaufpreises gem. § 433 Abs. 2 BGB verlangen.

bb) Der Meinungsstreit in der Subsumtion

Bei der Darstellung der Voraussetzungen der Anspruchsgrundlage werden auch die Streitfragen behandelt, auf die es zur Fallentscheidung ankommt. Gerade bei der Streitverortung und Streitdarstellung treten Fehler in vielen Klausuren und Hausarbeiten auf. Die Art der Streitdarstellung variiert danach, ob man eine Klausur oder eine Hausarbeit schreibt (siehe unter F. IV. bzw. G. IV. 1.). Deswegen soll die richtige Darstellungsweise bei den jeweils gegebenen speziellen Hinweisen anhand von Beispielen verdeutlicht werden.

Streitstände in die Subsumtion einbauen!

Trotzdem ist eine allgemeine Regel für die Darstellung von Meinungsstreitigkeiten hervorzuheben: Stellt sich heraus, dass die vertretenen bzw. vertretbaren Auffassungen im konkreten Fall zum gleichen Ergebnis führen, so erübrigt sich eine eigene Stellungnahme welcher der Meinungen zu folgen ist. Streitfragen dürfen nämlich nicht um ihrer selbst Willen dargestellt werden. **Nur wenn die Meinungen zu einer unterschiedlichen Lösung des Falles führen, kommt es im Gutachten auf den Meinungsstreit an.** Daher ist bereits bei der Darstellung der jeweiligen Meinung eine Subsumtion vorzunehmen, um festzustellen welche Auswirkung die Meinung auf die Falllösung hat. Erst danach kann man sich der nächsten Meinung zuwenden.

Stellt sich heraus, dass die Meinungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, muss der Bearbeiter eine Stellungnahme abgeben, welcher der Auffassungen zu folgen ist. Die Stellungnahme ist zu begründen. Dabei ist der Bearbeiter nicht gezwungen, völlig neue, bisher nicht bekannte Argumente vorzutragen. Es reicht vielmehr aus, wenn bekannte Argumente übernommen werden. Auch bei der Stellungnahme ist darauf zu achten, dass sie möglichst schnell die Falllösung weiterbringt. Daher kann entweder die favorisierte Meinung als überzeugend dargestellt werden, womit alle anderen Ansichten ausscheiden. Es kann aber auch eine Meinung als wenig überzeugend dargestellt werden, so dass dieser nicht zu folgen ist. Kommen die restlichen Meinungen zum gleichen Ergebnis, bedarf es keiner weitergehenden Stellungnahme. Letztere Vorgehensweise bietet sich an, wenn nur eine Meinung zu einem abweichenden Ergebnis gelangt, wohingegen mehrere andere Meinungen zum gleichen Ergebnis kommen. Verfehlt wäre es hingegen, langatmige Ausführungen zu machen, um den Korrektor davon zu überzeugen, dass Meinung C nicht in Betracht komme und Meinung A besser sei als Meinung B, obwohl die Meinungen A und B im konkreten Fall zum gleichen und nur die Meinung C zu einem abweichenden Ergebnis gelangt.

Beispiel:

In dem oben dargestellten Fall, in dem fraglich ist, ob der Bürge seine Bürgenerklärung nach §§ 312, 355 BGB widerrufen kann, wenn er die Bürgschaft in einer Haustürsituation abgeschlossen hat (S. 55), ließen sich drei Meinungen vertreten. Zunächst könnte man entsprechend der alten Rechtsprechung des BGH annehmen, dass die Bürgschaft kein entgeltlicher Vertrag ist, so dass ein Widerrufsrecht ausgeschlossen ist (Meinung A). Man könnte aber auch der gegenteiligen Ansicht sein und somit ein Widerrufsrecht annehmen (Meinung B). Schließlich könnte man zwar die Bürgschaft als entgeltlichen Vertrag ansehen, ein Widerrufsrecht aber nur dann annehmen, wenn auch der abgesicherte Darlehensvertrag in einer Haustürsituation abgeschlossen wurde (Meinung C). Wurde der Darlehensvertrag auch in einer Haustürsituation abgeschlossen, läge nach den Meinungen B und C ein Widerrufsrecht vor. Für die Falllösung ist demnach ausreichend, wenn die Meinung A abgelehnt wird. Weitergehende Ausführungen zwischen den Meinungen B und

C würden die Falllösung hingegen nicht weiterbringen und wären deshalb verfehlt.

2. Stil der Erörterung

Die Darstellung erfolgt im **Gutachtenstil**, der bereits dargelegt wurde (siehe unter E. II. 1. a.). Der Gutachtenstil ist dabei durchgängig zu verwenden. Nur dann, wenn seine Anwendung offenkundig verfehlt wäre, ist der Urteilsstil anzuwenden.

Beispiel:

A wird bei einem Verkehrsunfall getötet. Ein Anspruch aus §§ 823 Abs. 1, 844, 845 wird geltend gemacht. Hier wäre es verfehlt, gutachtlich zu prüfen, ob ein Eingriff in das Leben des A vorliegt.

Die Darstellung soll **sachlich** sein. Insbesondere sind Wörter wie offensichtlich, zweifellos etc. zu vermeiden. Die Verwendung dieser Wörter soll in aller Regel nur Argumentationsschwächen verdecken. Entweder ein Umstand ist offensichtlich, dann bedarf es des Wortes offensichtlich nicht. Oder er ist nicht offensichtlich. Dann ist das Wort verfehlt.

Schreiben Sie in einem **verständlichen und flüssigen Stil**. Wenn Sie sich schulen wollen, ist das Buch von *Tonio Walter*, *Kleine Stilkunde für Juristen*, 2002, wärmstens zu empfehlen. Bilden Sie kurze Sätze. In der Regel ist die Kombination von einem Hauptsatz mit einem Nebensatz ideal. Dabei gehört das Nebensächliche auch in den Nebensatz. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Hauptaussage untergeht. Lesen Sie Ihre Sätze daraufhin durch, ob man nicht dasselbe mit **weniger Worten** sagen könnte. Bedenken Sie, dass Sie Ihre Arbeit einem Dritten (dem Korrektor) zur Bewertung überlassen, der Ihre Gedankengänge nicht von vornherein kennt. Je mehr **Schachtelsätze** Sie verwenden, desto weniger werden Ihre Gedankengänge nachzuvollziehen sein. Schreiben Sie möglichst im **Aktiv** und nicht im Passiv.

Vermeiden Sie **nichtssagende Wendungen**.

Beispiel:

Statt: „Nach Maßgabe der Vorschrift des § 823 Abs. 1 BGB“, verwenden Sie lediglich: „Nach § 823 Abs. 1 BGB“.

Verzichten Sie auf **Fremdwörter**. Fremdwörter sollten nur dann gebraucht werden, wenn es ein entsprechendes deutsches Wort nicht gibt.

Beachten Sie die Regeln von **Rechtschreibung, Zeichensetzung und Satzbau**. Die Sprache ist das Handwerkszeug des Juristen. Ein verblüffend hoher Anteil von Rechtsgutachten enthält schwere Fehler in der Zeichensetzung, in etwas geringerem Umfang auch in der Rechtschrei-

bung und im Satzbau. Planen Sie daher wenn möglich noch die Zeit für eine Korrekturlesung ein!

a) Fallbezug

Keine abstrakten
Rechtserörterungen

Dem Bearbeiter ist die Aufgabe gestellt, einen Lösungsvorschlag für den konkret gestellten Sachverhalt vorzulegen, nicht jedoch, ein abstraktes Rechtsproblem zu bewältigen. Diese grundsätzliche Zielsetzung wird von manchen Bearbeitern verkannt. Sie verwenden daher viel Zeit auf allgemeine Rechtserörterungen und zu wenig Zeit auf die Lösung des gegebenen Falles. Das hat bei der späteren Beurteilung zur Folge, dass mit der Randbemerkung "Fallbezug" oder "Lehrbuchausführungen" Punkte abgezogen werden.

Merke: Die Erörterungen müssen zur Lösung des konkreten Rechtsproblems beitragen. Abstrakte, lehrbuchartige Ausführungen sind überflüssig.

Der Fallbezug kommt insbesondere in der Subsumtion zum Ausdruck. Wenn im Sachverhalt Anhaltspunkte gegeben werden, dürfen diese in der Lösung nicht einfach übergangen werden.

Beispiel:

A hat ein Kündigungsschreiben verfasst und es seinem Mieter B unter der Türschwelle durchgeschoben. Wer hier einfach nur schreibt "Die Kündigung ist laut Sachverhalt zugegangen", ist ungenau und subsumiert nicht. Richtig heißt es: "Indem A das Schreiben unter der Tür durchschob, gelangte es in den Machtbereich des B, so dass mit Kenntnisnahme durch B gerechnet werden konnte. Das Schreiben ist daher zugegangen."

b) Problemgewichtung

Zentrale Streitfragen
intensiv erörtern

Viele Bearbeitungen leiden an Oberflächlichkeit, was auch an der Vielzahl heutzutage vertretener Auffassungen zu fast jedem Paragraphen des BGB liegt. Es geht in einem Gutachten jedoch nicht darum, alles und jedes zu problematisieren, sondern die richtigen Schwerpunkte zu setzen. Wer nur die drei zentralen Probleme einer Arbeit einigermaßen ordentlich behandelt, erhält deutlich (!) mehr Punkte als jemand, der drei weniger zentrale Probleme behandelt, diese dafür aber sehr detailliert und zutreffend bearbeitet. Soweit es auf eine Streitfrage ankommt, sollen möglichst die zentralen Argumente für die dazu vertretenen Auffassungen dargestellt und erörtert werden. Darstellung und Würdigung der Argumente sind nach ihrer Bedeutung abzustufen. Die zentralen Argumente müssen deutlich hervortreten; weniger wichtige können kurz abgetan werden.

3. Billigkeit des Ergebnisses

Während der Bearbeitung sollte man ständig überprüfen, ob die gefundenen Ergebnisse nicht nur juristisch-technisch sauber, sondern auch gerecht sind. Im Rahmen dieser Überprüfung ist das gesamte Umfeld zu überblicken. Ein auf den ersten Blick ungerechtes Ergebnis kann bei Einbeziehung weiterer Umstände durchaus billig sein.

Überprüfung des
gefundenen
Ergebnisses

Beispiel:

Eine abhandengekommene (z.B. gestohlene) Sache kann wegen § 935 BGB nie mehr gutgläubig erworben werden. Erlangt jetzt ein Käufer K von einem Verkäufer V eine solche Sache, dann ist V dem K u.U. zum Schadensersatz verpflichtet (§ 437 Nr. 3 BGB). Das kann dann ungerecht erscheinen, wenn V seinerseits gutgläubig war. Andererseits kann sich V bei seinem eigenen Verkäufer schadlos halten, also bei dem, bei dem er die Sache erworben hat (ebenfalls § 437 Nr. 3 BGB). Diese Kette lässt sich solange zurückführen, bis man entweder bei dem Dieb landet oder aber bei einem Verkäufer/Käufer, der naiv genug war, von jemandem zu kaufen, den er anschließend nicht belangen kann.

Ergibt sich aber auch bei einer Gesamtschau, dass das Ergebnis unbillig ist, sollte man seine rechtliche Lösung neu überdenken. Anknüpfungspunkte für ein Überdenken sind dabei zunächst die bereits geprüften Tatbestandsmerkmale. Hierbei ist darauf zu achten, ob sich ein Merkmal u.U. anders auslegen lässt bzw. sich bei einem Streitentscheid die Weichen anders stellen lassen. Nur im äußersten Notfall ist eine Korrektur über § 242 BGB vorzunehmen. Diese Norm stellt einen Rettungsanker dar, der nur anzuwenden ist, wenn die gefundene Rechtsfolge absolut unerträglich und von der Rechtsordnung nicht hinnehmbar ist. Dies ist nicht oft der Fall, weil ansonsten die Rechtsordnung selbst unerträgliche Ergebnisse produzieren würde und sich damit selbst in Frage stellen würde! Nachfolgend sei die bekannte und immer noch aktuelle Passage aus SATTELMACHER-SIRP, "Bericht, Gutachten, Urteil", 31. Auflage, 1989, S. 202 wiedergegeben:

"Für den Anfänger sollte die Rechtsfindung durch eine methodische Prüfung des Falles an Hand des Gesetzes grundsätzlich der Ausgangspunkt sein, wobei ihn ständig die Frage begleiten soll, ob das Ergebnis seiner Überlegungen auch mit der praktischen Vernunft, mit dem Rechtsgefühl in Einklang steht. Hat er das Empfinden, daß das nicht der Fall ist, so kann er beim Erfassen des Sachverhalts, bei der Anwendung und Auslegung des Gesetzes, bei der Wertung der Lebensvorgänge oder bei der Beweiswürdigung Fehler begangen haben. Stets muß ihn das Gefühl des Unbefriedigtseins veranlassen, den Rechtsfall erneut zu durchdenken und danach zu forschen, ob nicht eine 'rechte' Anwendung des Gesetzes ihn zu dem als billig empfundenen Ergebnis geführt hätte.

Diese Nachprüfung auf dem Prüfstein der Rechtsvernunft und des Rechtsgefühls darf nicht erst bei der endgültigen Feststellung des Entscheidungsvorschlags als eine Art Kritik des Gesamtergebnisses der Überlegungen vorgenommen werden. Die Frage nach der

Billigkeit des Ergebnisses muß den Bearbeiter vielmehr Schritt für Schritt begleiten, da ein Irregehen in der Einzelüberlegung das ganze weitere Ergebnis beeinträchtigen kann. Im Gutachten darf diese Selbstkontrolle in der Regel nicht mehr in Erscheinung treten."

III. Grundsätzliches zur Verwendung von Aufbauschemata

Schemata ersparen
nicht das eigene
Denken!

Weit verbreitet ist die Verwendung von Aufbauschemata bei der Falllösung. Solche Schemata können nützlich, aber auch sehr gefährlich sein. Schemata sind nur **Denkhilfen!** Hierin finden Schemata Ihre Existenzberechtigung. Sie helfen, wesentliche Prüfungspunkte nicht zu übersehen. Die Gefahr bei der Verwendung von Schemata liegt darin, dass das „Abklappern“ der einzelnen Prüfungspunkte zu einer falschen Problemgewichtung führen kann. Deswegen sollten Sie bei der Verwendung von Schemata immer bedenken, dass diese grundsätzlich alle auftretenden Fallkonstellationen abdecken sollen. Notwendigerweise werden also auch Punkte aufgeführt, die für Ihren konkreten Lebenssachverhalt keine Bedeutung haben. Wenn Sie dies beachten, steht der Verwendung von Aufbauschemata nichts im Wege (außer selbstverständlich während der Anfertigung einer Klausur).

F. Spezielle Hinweise für Klausuren

I. Aufgabe

Die Klausur ist **der typische Leistungstest** während des Studiums und im Staatsexamen. Zur Lösung wird ein konkreter Sachverhalt gestellt. Die Klausur verlangt eine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Auffassungen und Argumenten zu lösungserheblichen Rechtsfragen. Die Darstellung, aus welchen Gründen die eine oder andere Meinung überzeugender erscheint, muss in Klausuren schon aus Zeitgründen kürzer, d.h. mit den wichtigsten Argumenten erfolgen. Insbesondere werden fremde Meinungen hier nicht durch Fußnoten gekennzeichnet. Zitate von Rechtsprechung und Literatur sind in Klausuren nicht möglich und werden dementsprechend nicht verlangt. Die einzigen in einer Klausur zulässigen Zitate sind Paragraphen der Gesetzestexte.

II. Formalia

1. Äußere Form

Nicht wenige Klausuren weisen erhebliche Schwächen der äußeren Form auf. Diese Schwächen können sich in der Benotung niederschlagen, wenn sie sich auf den Gesamteindruck des Korrektors auswirken. Damit will nicht gesagt sein, dass der Korrekturassistent bei Mängeln der äußeren Form grundsätzlich eine geringere Punktzahl vergibt. Vielmehr können Sie davon ausgehen, dass er ihrer Klausur zunächst sehr wohlwollend gegenübersteht. Dieses Wohlwollen wird jedoch nicht nur durch den Inhalt der Klausur beeinflusst, sondern in einem nicht geringen Ausmaß auch durch die äußere Form. Deshalb sollten Sie sich in Klausuren trotz des Zeitdrucks um eine **leserliche Handschrift** bemühen. Sollte der Korrektor mit „Hyroglyphen“ konfrontiert werden, so muss er für die Durchsicht erheblich mehr Zeit aufwenden als bei leserlichen Arbeiten. Dadurch "nerven" Sie den Korrektor. Dies gilt selbst dann, wenn der Inhalt der Klausur gut ist. Die stärkere Beanspruchung des Korrektors kann sich in solchen Fällen unbewusst in der Benotung niederschlagen.

Gleiches gilt auch, wenn der Verfasser einer Klausur erhebliche **Veränderungen** an dem bereits geschriebenen Text vornimmt. Durchstreichungen und das Einfügen von Text zwischen den Zeilen oder auf dem Korrekturrand erschweren die Lesbarkeit. Soweit zeitlich möglich, sollten deshalb Blätter, auf denen erhebliche Änderungen vorzunehmen wären, neu geschrieben und eingefügt werden.

Bei der Niederschrift der Klausur sollten sie neben einer leserlichen Handschrift beachten, dass dem Korrektor ausreichend Platz für seine Anmerkungen bleibt. Es sollte die Hälfte der Seite, mindestens jedoch ein Drittel Rand auf der linken Seite als **Korrekturrand** gelassen werden. So

hat der Korrektor ausreichend Platz, um den Verfasser auf seine Fehler und auf positive Ausführungen aufmerksam zu machen.

Daneben ist darauf zu achten, dass die Klausurblätter nur **einseitig beschrieben** werden. Dies hat nichts damit zu tun, dass Universitäten die Papierindustrie ankurbeln wollen, sondern hängt mit der besseren Lesbarkeit zusammen. Die beschriebenen Blätter sind zu nummerieren und in der richtigen Reihenfolge zu heften.

Schließlich ist noch auf eine häufig anzutreffende Unsitte aufmerksam zu machen. Einige Verfasser unterstreichen in Klausuren Worte, die sie im Rahmen der Falllösung für besonders wichtig halten. Unterstreichen darf in der Klausur aber nur einer, und das ist der Korrektor. Wenn es dem Verfasser nicht gelingt, die Wichtigkeit einer Aussage sprachlich darzustellen, nützt die Unterstreichung auch nicht mehr. Gelingt es dem Verfasser aber, die wichtigen Stellen sprachlich hervorzuheben, so wird der Korrektor dies zum Anlass nehmen, die Stellen selbst in dem Bewusstsein "schöne Darstellung" zu unterstreichen.

2. Deckblatt

Klausuren müssen ihren Verfasser erkennen lassen, es sind Vor- und Zuname des Verfassers, Semesterzahl, Matrikelnummer, Adresse und die genaue Bezeichnung der Vorlesung anzugeben. Ob Sie diese Angaben als separates Deckblatt voranstellen, oder noch auf dem Deckblatt mit der Falllösung anfangen, ist Geschmackssache. Für die Examensklausur gelten Besonderheiten. Hier hat der Verfasser einen vom Justizprüfungsamt vorgefertigten Bogen nach den Anweisungen der Aufsichtsperson auszufüllen. Ähnliches gilt bei Klausuren im Schwerpunktbereich.

3. Gliederung

In Klausuren ist das Voranstellen einer separaten Gliederung schon aus zeitlichen Gründen unmöglich. Bevor jedoch mit der Niederschrift begonnen wird, muss eine Gliederung in Form einer Lösungsskizze erstellt worden sein. Diese muss die logische Gedankenführung widerspiegeln, aber nicht zwingend bis ins letzte Detail feststehen. Absolute Mindestanforderung an die Lösungsskizze ist die Trennung nach den zu bearbeitenden Fragen sowie nach den geprüften Anspruchsgrundlagen, soweit es sich um verschiedene handelt (siehe unter E. I. 3.). Teilweise ist diese Lösungsskizze mit der Klausur abzugeben. Sollte dies erwartet werden, können Sie aber einen entsprechenden Hinweis erwarten.

III. Zeiteinteilung

Problem: Zeitdruck

Viele Bearbeiter kommen bei der Anfertigung einer Klausur in Zeitdruck. Dieses Problem kann man nur dadurch vermeiden oder zumindest vermindern, indem man sich für die verschiedenen Bearbeitungsschritte jeweils eine feste Frist setzt und diese dann auch einhält. Die hier vorgeschla-

genen Angaben stellen Richtwerte dar. Jeder Bearbeiter mag unterschiedliche Stärken und Schwächen haben, die bei der individuellen Zeiteinteilung zu berücksichtigen sind.

Den Sachverhalt sollte man sich sorgfältig einprägen. Während des ersten Lesens sollte man auf einem auch später laufend zu ergänzenden Merktzettel alle anfallenden rechtlichen Gesichtspunkte notieren, komplizierte Rechtsbeziehungen (ab drei Personen) skizzieren und, wenn eine zeitliche Abfolge bedeutend erscheint, eine Tabelle anlegen. Man lese den Sachverhalt mindestens zweimal, so dass man sich das Geschehen genau eingepägt hat, wenn man mit der endgültigen Lösung beginnt (siehe unter E. I. 1.). Für die Erfassung des Sachverhaltes sollten **ca. zehn Prozent** der zur Verfügung stehenden Zeit veranschlagt werden.

Sachverhalt
einprägen!

Anschließend fertige man eine Gliederung mit einer Zuordnung der im Sachverhalt angelegten Probleme an, anhand derer man sich später bei der Reinschrift des Gutachtens "entlanghangeln" kann. Damit vermeidet man es, Streitigkeiten, die erst in einem späteren Abschnitt der Arbeit relevant werden, vorab auszuarbeiten, dann aber festzustellen, dass dieses Problem im Verlauf der Arbeit gar nicht relevant wird, weil eine „Weichenstellung“ zu Beginn der Arbeit, die Lösung auf ein anderes „Gleis“ führt. Es kann nicht oft genug betont werden, dass eine gute Gliederung für eine erfolgreiche Bearbeitung unabdingbar ist. Dementsprechend sollte für die Erarbeitung einer Lösungsskizze **ca. 30 Prozent** der zur Verfügung stehenden Zeit eingeplant werden.

Gliederung
anfertigen!

Spätestens (!) nach halber Bearbeitungszeit sollte die endgültige Formulierung beginnen. Zu diesem Zeitpunkt sollte ein Überblick über die anstehenden Probleme und ihre möglichen Lösungen bestehen und der vom Verfasser gewählten Weg feststehen.

Bald formulieren!

Merke: Die meisten Schwierigkeiten bereitet nicht das Auffinden und das Verständnis der rechtlichen Probleme, sondern die Umsetzung in eine schriftliche Ausarbeitung. Diese Probleme werden aber durch eine umfassende Gliederung verringert.

IV. Stil der Erörterung

Der grundsätzliche einzuhaltende Stil bei der Abfassung eines juristischen Gutachtens wurde bereits oben dargelegt (siehe unter E. II. 2.). Zu achten ist auf einen flüssigen Gutachtenstil, den Fallbezug und die richtige Problemgewichtung. Bei einer Klausur ist zu bedenken, dass regelmäßig nur eine kurze Zeit für die Reinschrift zur Verfügung steht. Deshalb ist Wert darauf zu legen, die Ausführungen straff zu halten. Es ist gezielt auf die in der Gliederung als problematisch erkannten Stellen hinzuarbeiten. Die Problemfelder sind dann ausführlich darzustellen.

Meinungsstreitigkeiten sind ebenfalls im Gutachtenstil an der richtigen Stelle, also regelmäßig bei dem problematischen Tatbestandsmerkmal,

Meinungsstreite in
der Klausur

einzubauen. Gerade bei der Streitverortung und Streitdarstellung treten Fehler in vielen Klausuren auf. In einer Klausur haben Sie von der aufgeworfenen Problemstellung ausgehend eine Lösungsmöglichkeit anzubieten. Von den Meinungen in Rechtsprechung und Literatur können Sie nicht ausgehen, da Sie diese Auffassungen im Rahmen der Klausur nicht belegen können. Selbst wenn sie Fundstelle und Datum eines bestimmten Urteils zur Fragestellung auswendig gelernt haben, wäre es verfehlt, auf die "Rechtsprechung des BGH" einzugehen. In einer Klausur werden keine Punkte vergeben, weil der Bearbeiter die vertretenen Meinungen richtig der Rechtsprechung oder Vertretern der Literatur zuordnet. Es fällt dem Korrektor aber umgekehrt negativ auf, wenn dem Bearbeiter hier Fehler unterlaufen. Der Bearbeiter einer Klausur schützt sich also selbst, wenn er solche Zuordnungen vermeidet. Anstatt einer Zuordnung der vertretenen Meinungen müssen Sie die denkbaren Argumente für oder gegen eine bestimmte Lösung darstellen. Dies geschieht, indem zunächst der Aufhänger des Problems herausgearbeitet wird. Aufhänger ist regelmäßig die Interpretation eines bestimmten Tatbestandsmerkmals. Stellen Sie fest, dass unterschiedliche Interpretationsmöglichkeiten bestehen und diese zu jeweils unterschiedlichen Ergebnissen führen, müssen Sie eine argumentative Auslegung des fraglichen Tatbestandsmerkmals vornehmen. Wie dies geschehen kann, zeigt das nachfolgende Beispiel.

Beispielfall (nach BGH v. 21.12.1970, BGHZ 55, 153ff.):

B ist Bauunternehmer und führt Bauarbeiten in der Nähe eines schmalen Fleets (= Kanal) aus, das eine Mühle mit dem dortigen Hafen verbindet. Fahrlässig beschädigt B mit seinem Bagger die Ufermauer. Dadurch rutscht die Uferbefestigung und nachfolgend Erdreich in das Fleet. Das Fleet ist infolgedessen für zwei Wochen nicht befahrbar. Frachtführer A ist nun mit seinem Schiff bei der Mühle eingeschlossen und kann seine Frachtaufträge nicht erfüllen. Ihm entsteht dadurch ein Schaden in Höhe von € 10.000,--. Diesen Schaden begehrt er von B ersetzt. Ist sein Anspruch begründet?

Lösungshinweis:

A könnte gegen B einen Anspruch auf Ersatz seines Verdienstausfalls in Höhe von € 10.000,-- gemäß § 823 Abs.1 BGB haben.

Erste Voraussetzung eines Schadensersatzanspruchs ist die Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter. Die Einsperrung des Schiffes durch das Abrutschen der Uferbefestigung könnte eine Eigentumsverletzung an dem Schiff des A darstellen.

Daran bestehen aber Zweifel, wenn man eine Eigentumsverletzung i.S.d. § 823 Abs.1 BGB als einen Eingriff in die Sachsubstanz eines Gegenstands definiert. Durch das Abrutschen der Ufermauer ist

das Schiff des A unversehrt geblieben. Die Substanz des Schiffes ist nicht verletzt worden. Legt man diese Definition des Eigentumsbegriffs zugrunde, liegt folglich keine Eigentumsverletzung vor.

Man könnte aber den Begriff der Eigentumsverletzung nicht nur auf die Verletzung der Sachsubstanz beschränken, sondern auch auf sonstige, die Eigentümerstellung betreffende tatsächliche Einwirkungen auf die Sache erweitern. Eine Verletzung des Eigentums läge dann vor, wenn die Sache ihrem bestimmungsgemäßen Gebrauch entzogen wird. Das Schiff des A ist durch das Abrutschen der Ufermauer in dem Fleet eingesperrt worden. A konnte es daher nicht mehr als Transportmittel gebrauchen. Dies ist aber gerade die bestimmungsgemäß vorgesehene Funktion des Schiffes. Damit ist dem A die Möglichkeit genommen, von seinem Schiff den Gebrauch zu machen, der ihm bestimmungsgemäß zukommt. Eine Eigentumsverletzung ist nach dieser Begriffsbestimmung gegeben. (*Anm.: Die beiden vorherigen Absätze zeigen, warum die nachfolgende Auslegung vorzunehmen ist. Es wird also der Problemaufhänger deutlich gemacht.*)

Folglich ist zu untersuchen, welche mögliche Definition der Eigentumsverletzung zugrunde zu legen ist. Eine Beschränkung der von § 823 Abs. 1 BGB erfassten Eigentumsverletzungen auf reine Substanzverletzungen entspricht zunächst dem allgemeinen Sprachgebrauch. Sie dient darüber hinaus der klaren Abgrenzung zum Bereich der Vermögensbeschädigungen, die von § 823 Abs.1 BGB gerade nicht erfasst werden. Unterstützen ließe sich diese Argumentation mit Hilfe von § 903 BGB, der eine Differenzierung von Abwehrrecht („andere von jeder Einwirkung auszuschließen“) und positivem Recht („mit der Sache nach Belieben zu verfahren“) trifft. Der Schutz des Eigentums nach § 823 Abs.1 BGB würde sich in diesem Fall nur auf die Ausschlussfunktion des Eigentums erstrecken.

Dieser Argumentation ist jedoch entgegenzuhalten, dass sie die begriffliche Interpretation zu stark in den Vordergrund stellt. Zu beachten ist, dass eine Sache nur dann einen Wert hat, wenn sie auch verwendet werden kann. Daher ist der Schutzbereich des Eigentums funktional zu verstehen. Aus dem Blickwinkel des verletzten Rechtsguts macht es keinen Unterschied, ob dem Schiff unmittelbar durch einen Bagger ein Leck geschlagen wurde oder ob der Gebrauch infolge „unsachgemäßen Baggerns“ durch Einsperrung in eine Wasserstraße beeinträchtigt wird. Der Schutzbereich des § 823 Abs.1 BGB erstreckt sich folglich auch auf die Verwendungsfunktion der Sache und liegt damit vor, wenn der bestimmungsgemäße Gebrauch der Sache beeinträchtigt ist. Das Einsperren des Schiffes stellt somit eine Eigentumsverletzung dar.

Die Rechtsgutverletzung müsste auch durch ein Verhalten des B adäquat kausal verursacht worden sein. Die Unbefahrbarkeit einer schmalen Schiffsstraße ist keine außerhalb der Lebenserfahrung liegende Folge der Beschädigung einer Ufermauer. Kausalität im Sinne der Adäquanztheorie liegt folglich vor.

Das Verhalten des B war darüber hinaus rechtswidrig und schuldhaft.

A hat folglich gegen B einen Anspruch auf Ersatz seines Verdienstausfalls in Höhe von €10.000,-- aus § 823 Abs.1 BGB.

G. Spezielle Hinweise für Hausarbeiten

I. Aufgabe

Bei einer Hausarbeit muss ebenfalls ein konkreter Sachverhalt im Gutachtenstil einer Lösung zugeführt werden. Insoweit ist die Hausarbeit mit einer Klausur zu vergleichen. Sie unterscheidet sich aber von der Klausur zum einen durch die zur Verfügung stehende Zeit. Zum anderen aber auch dadurch, dass bei der Lösung des Falles auf Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden kann und muss. Die Hausarbeit verlangt deshalb auch eine Auseinandersetzung mit den in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen zu lösungserheblichen Rechtsfragen.

II. Vorarbeiten

Viele Bearbeiter kommen bei der Anfertigung einer Hausarbeit in Zeitdruck. Dieses Problem kann man dadurch vermeiden oder zumindest vermindern, dass man bestimmte Vorarbeiten bereits vor Ausgabe der Hausarbeit vornimmt.

Problem: Zeitdruck

Der Examenskandidat und der Student sollten daher vor der Ausgabe einen geeigneten **Arbeitsplatz** ausgesucht haben, von dem aus die wichtigsten Bücher gut zugänglich sind. Auch die Organisation des Arbeitsplatzes zu Hause sollte vor Beginn der Bearbeitung abgeschlossen sein.

Arbeitsplatz klären

Weiterhin sollte man sich **vorher** über Lehrbücher, Kommentare, Zeitschriften und Entscheidungssammlungen unterrichten (neueste Auflagen, Standort). Immer wieder zu verwendende Standardliteratur kann bereits vor Beginn der Hausarbeit in einem vorläufigen Literaturverzeichnis eingetragen werden. In den Fundstellenregistern von Lindenmaier/Möhring (LM), Arbeitsrechtliche Praxis (AP) oder den NJW-Fundheften sind Parallelfundstellen eines Urteils nachgewiesen, auf die man bei unvollständiger Wiedergabe einer Entscheidung ggf. zurückgreifen muss. Auch werden dort Urteilsanmerkungen nachgewiesen. Daher sollte der Bearbeiter auch mit diesen Registern umgehen können. Nochmals sei auf die Nutzung elektronischer Datenbanken hingewiesen, durch die die einschlägigen Urteile recherchiert werden können (siehe unter B. II. 6.).

Literatur sichten

Regelmäßig schreibt der Verfasser einer Hausarbeit die Reinschrift selbst auf seinem PC. Um keine bösen Überraschungen zu erleben sollte man sich vorher in sein Textverarbeitungssystem gut eingearbeitet haben, so dass die Verwendung von Druckformaten, Fußnotenverwaltung und Gliederungsfunktion keine Probleme bereitet. Sollte die Reinschrift ausnahmsweise eine andere Person übernehmen, ist frühzeitig zu klären, wer dies macht. Dazu gehört auch die frühzeitige Information über Arbeitstempo und Zuverlässigkeit der Schreibkraft. Vor allem muss genug Zeit für

Reinschrift der Bearbeitung

die Korrektur der Reinschrift bleiben. Fehler der Schreibkraft werden dem Verfasser zugerechnet. Eine Examenshausarbeit ist zu binden. Auch hierfür ist Zeit einzuplanen. Dabei sollte man sich frühzeitig über die sehr unterschiedlichen Öffnungszeiten der einschlägigen Geschäfte informieren.

III. Beginn der Sachverhaltsbearbeitung

Sachverhalt einprägen!

Wie bei einer Klausur ist auch bei einer Hausarbeit der Sachverhalt sorgfältig zu lesen. Der Sachverhalt ist meist umfangreicher als bei einer Klausur. Daher benötigen Sie mehr Zeit, um sich den Sachverhalt einzuprägen. Auch bei einer Hausarbeit gilt, dass bei mehreren Personen eine Skizze anzufertigen ist und ggf. ein tabellarischer Ablauf auf einem gesonderten Blatt anzufertigen ist (siehe unter E. I. 1.).

Erste Bearbeitungsschritte

Man beginnt die Bearbeitung *zu Hause*. Dabei sollte die Hausarbeit zunächst wie eine Klausur gelöst werden. Dadurch sollte schon am ersten Tag eine grobe Lösungsstruktur ausgearbeitet sein. Im Unterschied zu einer Klausur kann dabei bereits auf erste Hilfsmittel zurückgegriffen werden. Hierzu sollte man sich eines Kurzkomentars (z.B. Jauernig, Palandt) bedienen. Problematische Punkte sind direkt zu bewältigen und nicht auf später zu verschieben. Durch diese erste Lösung steht auch schon eine Lösungsskizze für die Hausarbeit. Das bedeutet nicht, dass Sie bereits am ersten Tag eine endgültige Lösung des Falles ausgearbeitet haben müssen. Die bis zu diesem Stadium gemachten Ausführungen dienen vielmehr als erster Einstieg und können noch nicht alle Probleme enthalten. Sie müssen auch nicht mit der endgültigen Fassung übereinstimmen, sondern können und werden in der Regel auch, noch an einzelnen Stellen umgeworfen. Trotzdem ist es wichtig, die Arbeit bis zum Ende, d.h. bis zur letzten Frage zu gliedern. Die Zeitnot am Ende einer Hausarbeit resultiert nicht zuletzt daraus, dass die Bedeutung des Schlusskomplexes oder einer Abwandlung unterschätzt wird.

Nicht verzetteln!

Abzuraten ist von dem verbreiteten sofortigen *"Einlesen"* in die Problematik anhand von Großkommentaren, Aufsätzen, Einzeldarstellungen und Gerichtsentscheidungen, bevor der Verfasser die Probleme des Falles einigermaßen überblickt. Sie verführen die Bearbeiter zu einer Auseinandersetzung mit naheliegenden, aber im Ergebnis für die Fallbearbeitung unwesentlichen Problemstellungen und verstellen damit den Blick auf die wirklich wichtigen Probleme des konkreten Falles. Schließlich ist zu einem Zeitpunkt, in dem eine Gliederung mit Problemzuordnung noch nicht angefertigt ist, nicht klar, in welche Probleme man sich überhaupt einlesen soll. Frustrierend ist insbesondere, wenn der Verfasser Streitigkeiten, die in einem späteren Abschnitt der Arbeit auftauchen könnten, vorab ausarbeitet, dann aber feststellt, dass dieses Problem im Verlauf der Arbeit gar nicht relevant wird, weil eine „Weichenstellung“ zu Beginn der Arbeit, die Lösung auf ein anderes „Gleis“ führt.

Erst wenn eine erste Gliederung steht, kann mit der Literatursammlung und –auswertung begonnen werden. Diese ist im Gegensatz zu einer Klausur erforderlich, weil Sie sich in einer Hausarbeit mit den in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassungen zu einem rechtlichen Problem auseinandersetzen müssen. Zu den in der ersten Gliederung als Schwerpunkte erkannten Problemen ist die vorhandene Literatur zu sammeln und auszuwerten. Hierbei ist auf eine vollständige Erfassung des vorhandenen Schrifttums und der Rechtsprechung zu achten. Die zur Erstellung der ersten Gliederung genutzten Kurzkommentare bieten einen ersten Einstieg. Dort finden sich weitere Fundstellen, bei deren Durchsicht sich ähnlich einem Schneeballsystem weitere einschlägige Literatur erkennen lässt. Auch durch moderne Recherchesysteme lassen sich schnell Fundstellen finden (siehe unter B. II. 6.).

Literatursammlung

Die gesammelte Literatur ist auszuwerten. Bei der Auswertung hat eine Gewichtung der gefundenen Literatur stattzufinden. Die besonders einschlägigen Fundstellen sind von den weniger wichtigen zu trennen. Um unüberschaubare Papier- und Bücherberge zu vermeiden, sollte eine erste Auswertung bereits während der Literatursammlung vorgenommen werden. Bevor man die gefundene Literatur liest, kann man selbst eine erste Gewichtung der Quellen vornehmen. Dabei ist insbesondere auf die Aktualität der Fundstelle und auf den Verfasser zu achten.

Literaturauswertung

Je aktueller die Veröffentlichung und je bekannter der Verfasser, desto wichtiger ist die Fundstelle.

Durch ein erstmaliges schnelles Querlesen, lässt sich häufig schon feststellen, welche Angaben für die eigene Bearbeitung besonders einschlägig sind und welche sich eher mit Randbereichen der Hausarbeit auseinandersetzen. Außerdem stellt man schnell fest, dass sich in der Masse der gefundenen Literatur gleiche Gedankengänge und gleiche Argumentationen an unterschiedlichen Stellen wieder finden. Hat man den Gedankengang einmal verstanden, lassen sich weitere Fundstellen schnell zuordnen. Ein intensives Lesen dieser wiederholenden Quellen ist dann meist nicht mehr erforderlich.

Hat man sich bereits vor der ersten Lektüre bestimmte Probleme anhand der erarbeiteten Gliederung deutlich gemacht, kann man die juristischen Probleme ganz gezielt in einem längeren Text aufsuchen. Statt der ganzen Monographie ist es dann ausreichend die entscheidenden 20 Seiten zu lesen.

Das, was als wichtig eingestuft wurde, ist dann aber auch intensiv zu lesen. Hier reicht ein schnelles Überfliegen nicht mehr aus. Vielmehr sind **wichtige Aufsätze und Urteile mehrfach zu lesen**, damit man sich die Gedankenführung einprägt und für die eigene Arbeit fruchtbar machen kann. Soweit man Kopien angefertigt hat, sollte man sich die wichtigen (!) Stellen farbig markieren, damit man sie schnell wieder findet.

Bald formulieren!

Da die meisten Schwierigkeiten bei der Umsetzung in eine schriftliche Ausarbeitung auftreten, sollte man ähnlich wie bei einer Klausur spätestens nach einem Drittel der Bearbeitungszeit mit der Formulierung beginnen. Zu diesem Zeitpunkt sollte ein Überblick über die anstehenden Probleme, ihre möglichen Lösungen und den vom Verfasser gewählten Weg bestehen. Je intensiver in einer Lösungsskizze die richtige Zuordnung der rechtlichen Probleme vorgenommen wurde, desto leichter fällt die schriftliche Ausarbeitung. Bedenken Sie, dass die erste Fassung niemals die letzte Fassung sein wird. Planen Sie bei der Hausarbeit mehr Zeit als bei einer Klausur zur Korrektur und Überarbeitung ein. Die Hausarbeit ist deutlich komplexer, so dass eine verständliche Darstellung schwieriger ist als bei einer Klausur. Die Ausführungen sind daher mehrfach auf Verständlichkeit hin zu korrigieren.

IV. Hinweise zur Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur

Beachtung der Bearbeitungsregeln

Die schlechte Benotung vieler Hausarbeiten beruht weniger auf materiellrechtlichen Fehlern als auf einer Verletzung der nachfolgenden Regeln, die zu dem Urteil zwingt, dass der Verfasser nicht zur folgerichtigen Entwicklung und wissenschaftlichen Vertiefung eines juristischen Gedankenganges in der Lage ist. Bei der Abfassung einer Hausarbeit sollte man sich deshalb fortlaufend über die Beachtung der folgenden Regeln Rechenschaft ablegen. Keine der Regeln will sklavisch befolgt sein, doch müssen Abweichungen gute Gründe haben.

1. Grundregel

Eigene Meinung entwickeln und begründen

Aufgrund einer Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Schrifttum ist in umstrittenen Fragen die eigene Meinung des Bearbeiters zu entwickeln und zu begründen. Dabei reicht es aus, dass der Verfasser sich einer der bereits vertretenen Meinungen anschließt. Er muss dann aber angeben, aus welchen Gründen diese Meinung überzeugender als eine andere erscheint.

Merke: Die Berufung auf Autoritäten (insbesondere auf die sogenannte herrschende Meinung) ersetzt keine Sachargumente.

Die Darstellung eines Meinungsstreits in einer Hausarbeit unterscheidet sich von der in einer Klausur erheblich. In einer Klausur müssen Sie die Lösungsmöglichkeit für ein Problem argumentativ entwickeln, weil Sie nicht auf die vertretenen Ansichten in Literatur und Rechtsprechung zurückgreifen können. Bei einer Hausarbeit haben Sie durch die Literatursammlung –und auswertung die in Wissenschaft und Praxis vertretenen Meinungen vorliegen. Daher werfen Sie bei einer Hausarbeit das Problem auf und behandeln die verschiedenen Ansichten, die zu dieser Frage vertreten werden. Sie gehen von den verschiedenen Meinungen, die vertreten werden, an den Fall heran. Die unterschiedlichen Meinungen bieten

unterschiedliche Definitionen für das problematische Tatbestandsmerkmal an. Unter jede dieser Definitionen muss subsumiert werden, da ansonsten der Fallbezug der Lösung fehlt und der Meinungsstreit im freien Raum schwebt (**häufiger Fehler!**). Wie der Meinungsstreit in einer Hausarbeit darzulegen ist, zeigt das folgende Beispiel.

Beispiel:

A nähert sich mit seinem Auto einer Unfallstelle, hier trifft er auf den stark blutenden, bewusstlosen B. Da die Alarmierung eines Krankenwagens angesichts des kritischen Zustands des B zu zeitaufwendig wäre, bringt er den B mit seinem Auto zum nächsten Krankenhaus, wo dieser schließlich gerettet wird. A will von B die Kosten für die Reinigung der Sitzpolster erstattet haben.

Hier handelt es sich um einen Fall der *Geschäftsführung ohne Auftrag*. A könnte deshalb gegen B einen Anspruch auf Ersatz der Reinigungskosten aus §§ 670, 677, 683 Satz 1 BGB haben. Problematisch ist der in § 670 BGB enthaltene Begriff der Aufwendung, auf dessen Inhalt es zur Streitentscheidung ankommt. *(Anmerkung: Die hiesige Darstellung ist vereinfacht, um direkt das Problem zu erörtern. In einer Hausarbeit wären zunächst die vorrangigen Tatbestandsmerkmale zu prüfen. Es müsste also dargelegt werden, dass der Transport des B ein für A fremdes Geschäft war, das A mit Fremdgeschäftswillen vorgenommen hat und die Übernahme des Geschäftes auch dem Willen des B entsprach!)*

Unter Aufwendung im Sinne des § 670 BGB versteht man jedes Vermögensopfer zum Zwecke der Auftragsausführung, das der Beauftragte freiwillig oder auf Weisung des Auftraggebers macht. Bei den Reinigungskosten handelt es sich aber nicht um ein freiwilliges Vermögensopfer, sondern um ein unfreiwilliges Vermögensopfer, einen Schaden. Fraglich ist, ob nach § 670 BGB auch Schäden, die im Zusammenhang mit der Auftragsausführung entstehen, ersatzfähig sind. *(Beachte: Hierdurch wird der Aufhänger des Problems deutlich gemacht. Nur so weiß der Leser, warum nun eine Problemerkörterung erfolgt.)*

Der BGH steht auf dem Standpunkt, dass ein Schaden ersatzfähig ist, wenn Nach Ansicht des BGH handelt es sich somit um einen ersatzfähigen Schaden. Die ältere Rechtsprechung und Lehre gingen davon aus, dass Somit sind nach dieser Ansicht Schäden im Rahmen der Geschäftsführung ohne Auftrag nicht ersatzfähig, so dass ein Anspruch aus § 670 BGB ausscheidet. Eine neuere Auffassung im Schrifttum lässt dagegen den Grundsatz der Risikozurechnung entscheidend sein (...). Hiernach hat A gegen B einen Anspruch auf Ersatz der Reinigungskosten. Da die verschiedenen Meinungen zu abweichenden Ergebnissen führen,

ist zu der Streitfrage Stellung zu nehmen. (*Beachte: Kommen die verschiedenen Meinungen zum gleichen Ergebnis, so erübrigt sich die Streitentscheidung. Im Übrigen spricht dann einiges dafür, dass der Meinungsstreit nicht sehr ausführlich oder möglicherweise überhaupt nicht darzustellen ist, da er zur Lösung des Falles nichts beiträgt.*) Zuzustimmen ist hier der Auffassung Für diese sprechen die besseren Argumente, da Schäden sind damit dem Grunde nach zu ersetzen, wenn

Hier hat der Geschädigte geltend gemacht, Es handelt sich also um einen solchen Schaden. Ein Ersatzanspruch aus § 670 BGB besteht daher.

2. Notwendigkeit der Erörterung

Relevanzprüfung

Es muss in der Arbeit deutlich gemacht werden, ob und inwieweit eine Streitfrage für die Falllösung im Ergebnis **erheblich** ist. Deshalb ist als erstes darzustellen, ob die verschiedenen Meinungen in dem jeweiligen Fall zu abweichenden Ergebnissen führen. Nur insoweit darf und muss der Bearbeiter zu der Streitfrage Stellung nehmen (siehe unter E. II. 1. b. bb).

Ausnahmen

In **Ausnahmefällen** kann allerdings die Darstellung der Konsequenzen der verschiedenen Ansichten für die Falllösung umständlicher sein als eine Stellungnahme zu der Streitfrage, etwa weil einzelne Meinungen nur auf ganz verschiedenen oder andere Streitfragen berührenden Wegen zu demselben Ergebnis führen. In diesen Fällen kann sich der Bearbeiter sogleich für eine bestimmte Meinung entscheiden.

Zitatfehler

Ergibt sich eine Regelung unmittelbar aus dem Gesetz, ist jedes Zitat aus Rechtsprechung und Schrifttum dazu überflüssig und falsch.

Beispiel:

Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht läßt.¹

¹ BGH v. ..., BGHZ ..., S. 13 (17).

Dieses Zitat wäre deshalb überflüssig und falsch, weil sich der Inhalt der Aussage aus § 276 BGB ergibt.

Gesicherter Meinungsstand

Auch ein in Rechtsprechung und Schrifttum gesicherter Meinungsstand kann der Bearbeitung ohne nähere Ausführung zugrunde gelegt werden, selbst wenn im Schrifttum die eine oder andere abweichende Meinung vertreten wird.

Beispiel:

Keiner Begründung bedarf es daher, dass das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb wie ein sonstiges Recht nach § 823 Abs. 1 behandelt wird.

3. Reihenfolge der Erörterung

Soweit **höchstrichterliche Rechtsprechung** vorliegt, sollte mit dieser begonnen werden, da sie bei der Rechtsanwendung besonderes Gewicht hat. Sie sollten bedenken, dass sie später bei Aufnahme eines klassischen juristischen Berufes (Anwalt, Richter, Staatsanwalt) auf die Entscheidung eines Gerichtes zuarbeiten.

Höchstrichterliche
Rechtsprechung an
den Anfang

Eine Darstellung der Rechtsprechung erst im Anschluss an das Schrifttum ist nur angezeigt, wenn sie im Großen und Ganzen einer bestimmten Schrifttumsmeinung folgt. Aber dann ist die Stellungnahme der höchstrichterlichen Rechtsprechung besonders hervorzuheben. Ebenso wenig sollte man **juristische Standardwerke** übergehen. *Repetitorien und sonstige Anleitungsbücher sind nicht zu verwenden*, soweit sie keine eigene wissenschaftliche Auffassung wiedergeben. Die Einbeziehung von unveröffentlichten *Dissertationen* ist für die Lösung von Übungs- und Examensarbeiten nicht erforderlich. Sie sollten überhaupt nur dann angeführt werden, wenn sie eine neuartige, den Bearbeiter überzeugende Auffassung enthalten.

Standardwerke

Bei der Auswertung der Rechtsprechung ist der **Zeitpunkt der Entscheidung** zu beachten. Ältere Entscheidungen können durch neuere überholt oder eingeschränkt sein, selbst wenn die neuere Entscheidung dies nicht ausdrücklich besagt. Es ist also die gesamte Entwicklungslinie der einschlägigen Rechtsprechung zu berücksichtigen. Man muss versuchen, mit Hilfe der neuesten Auflagen der Kommentare, der NJW-Fundhefte, der Register der Zeitschriften, der Entscheidungssammlungen (im Zivilrecht vor allem BGHZ und LM) und den computergestützten Recherchemöglichkeiten den neuesten Stand der Rechtsprechung zu erfassen.

Zeitpunkt der Urteile
beachten!

Argumente der Rechtsprechung, die die Entscheidung nicht tragen, sondern als **obiter dictum** nur bei Gelegenheit der Entscheidung gebracht werden, sind kenntlich zu machen, da sie in der Regel geringeres Gewicht haben. Freilich sind auch die tragenden Argumente der Rechtsprechung für den Bearbeiter nicht verbindlich. Es gehört aber zu seinen wichtigsten Aufgaben, den Stand und die Bedeutung der höchstrichterlichen Rechtsprechung für den Fall zu erfassen und wiederzugeben.

Obiter dicta

Zu der Reihenfolge, in der über die einzelnen Argumente zu berichten ist, lassen sich kaum allgemeine Hinweise geben. Es kann zweckmäßig sein, die einzelnen Meinungen geschlossen nacheinander vorzustellen und erst danach die eigene Meinung zu entwickeln. Die Meinungen mehrerer Autoren, die auf dasselbe hinauslaufen, sind zu einer Meinungsgruppe zu bündeln.

Nach
Zweckmäßigkeit
nicht schematisch
vorgehen!

Sind viele, voneinander trennbare Argumente oder sehr ausführliche Argumentationen zu besprechen, kann es übersichtlicher sein, bei jedem einzelnen Argument das Für und Wider darzustellen und dann jeweils

gleich die eigene Meinung zu dem jeweiligen Argument anzuschließen. In diesem Fall ist besonders darauf zu achten, daß die Darstellung der fremden Meinung und die anschließende Begründung der eigenen klar getrennt werden.

4. Intensität der Erörterung

Zentrale Streitfragen intensiv erörtern

Viele Hausarbeiten leiden an der Oberflächlichkeit der Darstellung des Meinungsstandes und – daraus folgernd – der eigenen Meinung. Soweit es auf eine Streitfrage ankommt, müssen sämtliche Argumente, die in der Diskussion noch eine Rolle spielen, dargestellt und erörtert werden. Dieses Gebot der Vollständigkeit muss freilich mit dem weiteren Gebot der richtigen Gewichtung harmonisiert werden: Darstellung und Würdigung der Argumente sind nach ihrer Bedeutung abzustufen. Die zentralen Argumente müssen deutlich hervortreten; weniger wichtige können kurz abgetan werden.

Bedenke:

1. Die Qualität einer Aussage hat nichts mit der Quantität der Personen zu tun, die diese Aussage vertreten.
2. Eine richtige Aussage ist nicht deshalb falsch, weil die Mehrheit sie als falsch bezeichnet.

Fallbezug beachten!

Eine Gewichtung ist auch hinsichtlich des Stellenwerts des Problems für die gesamte Falllösung erforderlich. Eine Streitfrage ist um so ausführlicher darzulegen, je näher sie am Zentrum der Falllösung steht, d.h. über die jeweiligen Interessen der im Sachverhalt genannten Personen maßgeblich entscheidet.

Aufgabentypen unterscheiden!

Die **Erörterung von Kontroversen** kann im Rahmen der gesamten Fallbearbeitung unterschiedlichen Stellenwert haben. Insbesondere für den Examenskandidaten und für den Schwerpunktstudenten, der oft mehrere Rechtsgebiete berührende Aufgaben bewältigen muss, lassen sich **drei Aufgabentypen** von Hausarbeiten zusammenfassen, die aber in der Regel in jedem Sachverhalt mit unterschiedlichem Gewicht vorkommen:

Konstruktionsaufgaben

Konstruktionsaufgaben verlangen in erster Linie eine auf mehrere Rechtsgebiete übergreifende Konstruktion und setzen mehr voraus als ad hoc angelesene Kenntnisse in den angesprochenen Rechtsgebieten. Typisch ist diese Aufgabenart für das Zwangsvollstreckungsrecht. Ohne die Entscheidung sachenrechtlicher Vorfragen ist die vollstreckungs- oder insolvenzrechtliche Problematik kaum zu erkennen.

Auslegungsaufgaben

Auslegungsaufgaben verlangen die Auslegung einer Rechtsnorm oder Vertragsbestimmung und setzen daher die *vollständige Ausschöpfung des Sachverhaltes* voraus. Groß ist bei dieser Art von Aufgabentypus aber die Gefahr von Unterstellungen, (falschen) Parallelen zu ähnlichen Fällen und

gleichzeitiger Verkenning der entscheidenden Unterschiede oder der Ausgabe eigener Vorstellungen über die Rechtswirklichkeit als Lebenserfahrung.

Ebenso negativ wie diese Fehler wiegt das Abschweifen von fallbezogenen und lösungserheblichen Einzelheiten in abstrakte Differenzierungen. Bei Fragen der Gesetzesauslegung wird man häufig nach den klassischen Auslegungskriterien (Wortlaut, Entstehungsgeschichte, systematische Stellung, Zweck) gliedern können (siehe unter D. II.); entsprechend bei der Analogie (1. Lücke, 2. Vergleichbarkeit (siehe unter D. III.)). In der Regel ist es zweckmäßig, zunächst alle ernstlich in Betracht kommenden Auslegungsmöglichkeiten herauszuarbeiten und sich dann unter Abwägung des Für und Wider für eine von ihnen zu entscheiden.

Problemaufgaben verlangen vom Bearbeiter die selbständige Erarbeitung eines subsumtionsfähigen juristischen (Unter-) Rechtssatzes. Ist das Problem in Rechtsprechung und Literatur bereits diskutiert, braucht nur aus dem bekannten Argumentationspotential das Lösungserhebliche (bei streitigen Fragen unter Abwägung des Für und Wider) herausgearbeitet zu werden. Zweifel an der Rechtslage können sich hier nicht nur aus einem Meinungsstreit in Rechtsprechung und Schrifttum ergeben, sondern auch daraus, dass die jeweilige Fallgestaltung nach dem Gesetz nicht eindeutig zu beurteilen ist und in Rechtsprechung und Schrifttum nicht behandelt wird.

Problemaufgaben

Wichtigstes Beispiel ist die Anwendung von Generalklauseln (Treu und Glauben, gute Sitten, Fahrlässigkeit, grobe Fahrlässigkeit, wichtiger Grund usw.), die im Einzelfall recht zweifelhaft sein kann. Als erstes ist hier die Fallproblematik, soweit möglich, in die Typologie einzuordnen, die zu jeder Generalklausel entwickelt worden ist, d.h. es ist diejenige Untergruppe aufzusuchen, in die der Fall gehört. In diesem Rahmen sind die Entscheidungen und Stellungnahmen zur verwandten Fallgestaltung heranzuziehen. Dabei ist, ähnlich wie bei der Analogie, zu erörtern, ob die Ähnlichkeit oder die Unterschiede überwiegen. Es ist also falsch, den jeweiligen Fall unmittelbar aus der Generalklausel lösen zu wollen, ohne ihre Konkretisierung durch Rechtsprechung oder Schrifttum zu beachten.

Anwendung von
Generalklauseln

Freilich gilt auch hier das allgemeine Prinzip, dass nur das zu erörtern ist, was ernstlich zweifelhaft ist, oder genauer: dass die Erörterung je ausführlicher sein muss, desto größer die Zweifel sind. Dabei ist wiederum der Stellenwert des Problems in der Gesamtheit der Falllösung zu beachten. Geht es in einem Fall vornehmlich darum, ob ein Vertrag sittenwidrig, eine Handlung schuldhaft, eine Kündigung durch wichtigen Grund gerechtfertigt ist usw., sind die entsprechenden Generalklauseln eingehender zu erörtern, als wenn sie im Fall nur Randfragen betreffen.

Nur ernstlich
Zweifelhaftes
ausführlich!

5. Darstellung fremder Meinungen

a) Allgemeines

Kennzeichnung fremder Ansichten

Im Rahmen einer Problemauseinandersetzung werden fremde Ansichten dargestellt. Diese Ansichten müssen im Text als solche gekennzeichnet sein. Man benutzt hierfür im Rahmen eines Gutachtens **Fußnoten** (in Urteilen: Klammeranmerkungen). Die Fußnoten werden an das Ende der dargestellten Meinung bzw. des dargestellten Meinungsteiles gesetzt.

Indirekte Rede

Die Darstellung der Ansicht erfolgt dabei fast immer in der **indirekten Rede**.

Wörtliche Zitate sind nur dann erlaubt, wenn es genau auf die zitierte Formulierung ankommt. Dann allerdings gehören sie in "Anführungszeichen". Und dann ist auch keine Änderung an der Form zulässig: Grammatikalische Korrekturen sind verboten.

Beispiel:

A hat zur Frage der Rechtmäßigkeit vergleichender Werbung geäußert: "Es handelt sich hier um eine allgemeine sittliche Anschauung, nach der die vergleichende Werbung zu missbilligen ist."

Solch eine Stellungnahme muss, wenn man sie wörtlich wiedergibt, genau so erscheinen, und nicht etwa wie folgt:

A vertritt die Ansicht, "es handle sich ...". Dieses Zitat wäre falsch. A hat nicht gesagt, es "handle", sondern es "handelt" sich.

Keine sachverhaltsbezogenen Zitate!

Ein weiterer häufig vorkommender Fehler ist das **Sachverhaltszitat**. Der konkret zu untersuchende Sachverhalt wird mit einem Zitat belegt.

Text: Damit wäre das Verhalten des A rechtswidrig. (FN)

Fn: BGH...

Eine derartige Zitierung ist unzulässig. Der BGH hat mit Sicherheit nichts über das Verhalten des A gesagt. Er hatte vielleicht einen ähnlichen Fall zu entscheiden. Es gibt zwei Möglichkeiten, diesen Fehler zu korrigieren.

Die eine besteht in einer Änderung des Textes:

Text: Ein derartiges Verhalten wäre rechtswidrig. (FN)

A hätte hier folglich rechtswidrig gehandelt.

Fn.: vgl. BGH ...

Die andere besteht in der Änderung der Fußnote:

Text: Damit wäre das Verhalten des A rechtswidrig. (FN)

Fn.: Vgl. zur Problematik dieser Fallkonstellationen: BGH

Grundsätzlich sollte man die zitierte Stelle selbst gelesen haben. Nur wenn dies überhaupt nicht möglich ist, darf man schreiben: *zitiert nach ...*

b) Rechtsprechung

Gerichtsentscheidungen werden nicht in das Literaturverzeichnis aufgenommen. Daher muss jedes Urteil mit **sämtlichen relevanten Angaben** in der Fußnote wiedergegeben werden, damit die Entscheidung problemlos aufgefunden werden kann. Die relevanten Angaben sind:

Zitierweise

- der **Name** des Gerichtes (BAG),
- das **Datum** der Entscheidung (19.6.1967),
- die **Fundstelle** (BAGE 19),
- mit **Anfangsseite** und **zitatierter Seite** (351, 352),

zusammen also: BAG v. 19.6.1967, BAGE 19, S. 351 (352).

Diese Angaben kann man jedem abgedruckten Urteil entnehmen. Grundsätzlich ist nach der jeweiligen amtlichen Sammlung zu zitieren (BGHZ, BGHSt, BVerfGE etc.); nur wenn die Entscheidung dort nicht veröffentlicht ist, nach einer sonstigen Sammlung oder Zeitschrift.

In jüngeren Entscheidungen des EuGH und der obersten Bundesgerichte setzt sich eine Randnummernzählung durch. Dies ermöglicht eine noch genauere Zitierweise, die sich künftig durchsetzen wird, um die exakten Fundstellen auch in Datenbanken leichter auffinden zu können. Wer größte Mühe auf die Zitierweise verwenden will. Gibt daher zusätzlich ggf. Aktenzeichen und Randnummern an. Bei Entscheidungen des EuGH wird überdies auch der Name der Streitparteien zur Kennzeichnung genutzt.

Beispiel: *EuGH 5. 3. 2009 – C-388/07 (Age Konzern) – NZA 2009, 305 Rn. 51*

c) Literatur

Die wesentlichen Daten der verarbeiteten Literatur gehören in das Literaturverzeichnis. Die Angaben in der **Fußnote** müssen so beschaffen sein, dass man im Zusammenhang mit dem Literaturverzeichnis die Fundstelle finden und nachlesen kann. Das bedeutet, dass die Fußnote folgende Elemente enthalten muss:

Zitierweise

aa) bei Kommentaren

- Name des Kommentars, ggf. Abkürzung
- Name des Bearbeiters
- bearbeiteter Paragraph + Randnummer oder Anmerkung

bb) bei Lehrbüchern

- Name des Autors
- Stichwort aus dem Titel
- Seite oder Randnummer

cc) bei Aufsätzen

- Name des Autors
- Fundstelle mit Anfangs- und in bezug genommener Seite

zusammen also:

MünchKomm-Lieb, § 812 BGB, Rn. 10 (=> Kommentar);

Brox (AT), S. 78 oder Brox (AT), Rn. 151 (=> Lehrbuch);

Ott, NJW 1977, S. 286 (287) (=> Aufsatz)

Formalia**d) Sonstige Formalia****aa) Deckblatt****Deckblatt**

Die Hausarbeit beginnt mit einem Deckblatt, auf dem Vor- und Zuname des Verfassers, Semesterzahl, Matrikelnummer, Adresse und die genaue Bezeichnung der Veranstaltung anzugeben sind. Für eine Examenshausarbeit gelten insofern Besonderheiten, wenn diese nur eine Kennziffer zur Identifizierung des Verfassers enthalten dürfen, aber keine weiteren persönlichen Angaben.

bb) Sachverhalt**Sachverhalt**

Der Sachverhalt ist wörtlich und ohne Tippfehler vom Aufgabentext abzuschreiben. Hierbei sind alle Varianten/Abwandlungen zu übernehmen. Verpönt ist es, einfach das Aufgabenblatt einzuheften. Das Abtippen kann auch eine erste Hilfe zum Einprägen des Sachverhaltes sein.

cc) Gliederung

An den Sachverhalt schließt sich eine den Gedankengang der Arbeit anzeigende knappe Gliederung an. Jeder Gliederungspunkt erhält dabei eine eigene Überschrift. Gegliedert wird in römischen Ziffern, arabischen Zahlen und arabischen Buchstaben. In der Gliederung wird auf die Seitenzahlen verwiesen.

Gliederung

Beispiel:

Anspruch gem. §§ 346, 323, 437 Nr. 2, 434, 433 BGB	S. 1
1. Kaufvertrag	S. 1
a) Angebot	S. 1
aa) Invitatio ad offerendum	S. 1
bb) Angebot durch den Kunden	S. 2
b) Annahme	S. 2

Die Gliederungstiefe sollte nicht mehr als fünf Ebenen betragen. Bei einer größeren Gliederungstiefe brauchen in die Gliederung nicht alle Untergliederungspunkte aufgenommen zu werden.

Folgender Grundsatz ist streng zu beachten:

Wer A sagt, muss auch B sagen!

Dies bedeutet, dass es bei der Verwendung eines Gliederungspunktes mindestens einen weiteren Gliederungspunkt auf dieser Ebene geben muss. In dem obigen Beispiel muss daher noch ein weiterer Prüfungspunkt auf der Ebene arabische Ziffern folgen (2.).

dd) Literaturverzeichnis

Im Anschluss an die Gliederung folgt das Literaturverzeichnis. Es enthält in alphabetischer Reihenfolge alle, aber auch nur die Werke, die später mindestens einmal in einer Fußnote zitiert werden. Eine Unterteilung nach Kommentaren, Lehrbüchern und Monographien sollte unterbleiben.

Literaturverzeichnis

Bei **Lehrbüchern** und **Kommentaren** sind in das Literaturverzeichnis aufzunehmen:

- Verfasser mit Vor- und Zuname,
- Titel des Werkes,
- Auflage,
- Erscheinungsjahr (bei mehrbändigen Werken für jeden Band getrennt), – Erscheinungsort nicht zwingend und eher unüblich,

- die Zitierweise.

Beispiel:

Brox, Hans:

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs

28. Aufl., 2004

(zit.: Brox (AT), Rn.)

Soergel, Theodor:

Bürgerliches Gesetzbuch

BGB Allgemeiner Teil 2 (§§ 104-240)

13. Aufl., 1999

(zit.: Soergel-Bearbeiter)

Alle Werke sind jeweils in der neuesten Auflage zu zitieren, es sei denn, man nimmt ausnahmsweise auf Ausführungen Bezug, die in der neuesten Auflage so nicht mehr dargestellt sind.

Bei **Aufsätzen** sind in das Literaturverzeichnis aufzunehmen:

- Vor- und Zuname des Verfassers,
- Titel,
- Zeitschrift mit Jahrgang und den Seiten, auf denen der Aufsatz beginnt.

Beispiel:

Bülow, Peter:

Grundfragen der Erfüllung und ihre Surrogate

JuS 1991, S. 529 ff.

Nicht erforderlich ist die Angabe einer gesonderten Zitierweise. Diese ergibt sich bereits aus den gegebenen Angaben. Verfehlt wäre es sogar, eine Zitierweise anzugeben, die das Auffinden der Quelle erschwert (z.B. zit: Bülow JuS 1).

Gerichtsentscheidungen und Urteilssammlungen gehören nicht in das Literaturverzeichnis, wohl aber zitierte Anmerkungen zu Urteilen und Entscheidungsrezensionen.

ee) Gutachten

Der Text des Gutachtens ist 1 1/2 zeilig zu schreiben. Der Verfasser sollte mindestens 7 cm Korrekturrand auf der linken Seite freilassen. Die einzelnen Blätter werden lediglich einseitig beschrieben. Das Gutachten endet mit der Unterschrift des Verfassers, die das Ende der Bearbeitung anzeigt. Examensarbeiten werden nicht unterschrieben. Statt dessen sollte aber zur Kennzeichnung ein „Ende der Bearbeitung“ maschinenschriftlich eingefügt werden.

ff) Paginierung

Das Deckblatt erhält keine Seitenzahl.

Sachverhalt, Gliederung und Literaturverzeichnis werden durchgehend, in der genannten Reihenfolge, mit großen römischen Ziffern (I, II, III) nummeriert.

Das Gutachten wird durchgängig mit arabischen Ziffern (bei 1 neu beginnend) versehen.

Fußnoten werden insgesamt durchnummeriert und jeweils unten auf der Seite angebracht, auf der die Bezugnahme erfolgt.

In den Fußnoten (einzeilig) sind zunächst die Gerichtsentscheidungen nach Ranghöhe des Gerichts, bei gleichem Rang nach dem Alter der Entscheidung aufzuführen. Im Anschluss an die Gerichtsentscheidungen werden die Literaturfundstellen angegeben. Auch diese sollten geordnet werden. Zunächst sind Kommentare, dann Lehrbücher und abschließend Aufsätze zu zitieren. Achten Sie dabei auf eine gewisse Auswahl und Vielfalt. Zitieren Sie nicht immer denselben Autor. An unproblematische Stellen gehören nur ein bis zwei Nachweise.

6. Stil der Erörterung

Hinsichtlich des einzuhaltenden Stils gelten die allgemeinen bereits dargelegten Regeln (siehe unter E. II.). Es ist der Gutachtenstil einzuhalten und auf eine richtige Problemgewichtung zu achten. Auch mit der Hausarbeit ist dem Bearbeiter die Aufgabe gestellt, einen konkreten Sachverhalt zu lösen. Daher ist auf einen immer wiederkehrenden Fallbezug zu achten. Im Gegensatz zu einer Klausur besteht bei einer Hausarbeit die erhöhte Gefahr, diesen Grundsatz zu missachten. Das vertiefte Einlesen in Probleme verführt dazu, die gelesenen Erkenntnisse wiedergeben zu wollen. Alles Wissen darf aber nur dann angebracht werden, wenn es der Lösung des Falles dient.

Wie bereits dargelegt, soll die Darstellung **sachlich** sein. Dies gebietet es, fremde Meinungen nicht zu diskreditieren, auch wenn man ihnen nicht folgt. So ist es nicht angebracht, eine Meinung als „unsinnig“, „schlicht falsch“ o.ä. zu bezeichnen.

7. Umfang der Bearbeitung

Sofern in einer Übung eine Begrenzung des Umfangs vorgenommen wird, d.h. eine Höchstseitenzahl vorgegeben wird, sollte diese ungefähr eingehalten werden. Sofern diese verbindliche Vorgabe um mehr als 20 % überschritten wird, wird dies zu einem Punktabzug führen. *Meistens resultiert eine Überschreitung der Höchstseitenzahl aus einer falschen Problemgewichtung*, d.h. Problematisches und Unproblematisches werden mit derselben Intensität erörtert. Des Weiteren führt häufig eine Prüfung von Ansprüchen, die nicht ernsthaft in Betracht kommen, dazu, dass die Höchstbegrenzung der Bearbeitung überschritten wird.

Merke: Achten Sie deshalb immer auf die Relevanz der Erörterungen für die Falllösung.

Sollte keine Höchstseitenzahl vorgegeben sein, so dürften bei einer vierwöchigen universitären Hausarbeit 20 bis 25 Seiten als Richtlinie angemessen sein. Für Examenshausarbeiten lassen sich solche Richtwerte nicht geben. Erfahrungsgemäß liegt die Seitenzahl aber bei mindestens 40 Seiten. Es kann aber auch ein Umfang von 100 Seiten überschritten werden.

H. Schwerpunktbereichsarbeit / Seminararbeiten

Im Rahmen der Schwerpunktbereichsprüfung hat der Student u.a. eine häusliche Arbeit anzufertigen. Diese wird meist als rechtswissenschaftliche **Themenarbeit** gestellt. Die Thesen der Arbeit sind in einem vom Universitätsprofessor geleiteten Seminar mündlich vorzutragen. Im Anschluss hat sich der Vortragende einer Diskussion zu stellen. Eine ähnliche Aufgabenstellung liegt der Seminararbeit zugrunde. Auch hier ist eine Themenarbeit anzufertigen, deren Ergebnisse in einem Vortrag zur Diskussion gestellt werden müssen. Das Bestehen einer Seminararbeit mindestens mit einer Prädikatsnote ist Voraussetzung, um zur Promotion zugelassen zu werden.

Bei einer Themenarbeit ist im Gegensatz zu einer Klausur und einer Hausarbeit grundsätzlich kein konkreter Fall zu lösen. Vielmehr ist ein Rechtsproblem umfassend und systematisch zu erörtern. Es kann also meist nicht auf den bereits dargestellten Anspruchsaufbau zurückgegriffen werden. Dafür hat man bei der Bearbeitung des gestellten Themas größeren Freiraum zur Entwicklung eigener Ideen. Im Vordergrund steht die vertiefte Auseinandersetzung mit speziellen Problemen, oftmals auch in Form der fächerübergreifenden Zusammenarbeit. Gleichzeitig weist eine Seminararbeit aber auch Gemeinsamkeiten mit einer Hausarbeit auf. Beide fordern von dem Studenten eine wissenschaftliche Auseinandersetzung mit bestehender Literatur und Rechtsprechung.

I. Die einzuhaltenden Formalia

Die Themenarbeit ist wie die Hausarbeit eine wissenschaftliche Leistung. Es sind daher die gleichen **Formalia** einzuhalten (siehe unter G. IV. 5). Der Arbeit ist ein Deckblatt voranzustellen, aus dem sich das gewählte Thema (ggf. der Bearbeitungshinweis) und der Verfasser ergeben. Daran schließt sich das Literaturverzeichnis und die Gliederung an. Erst dann folgt der eigentliche Text.

Auch bei einer Themenarbeit sind fremde Meinungen und Ideen als solche durch Fußnoten zu kennzeichnen. Für die **Zitierregeln** gelten die oben dargestellten Grundsätze. Anhand des Zitats und des Literaturverzeichnisses muss die Fundstelle direkt auffindbar sein. Kommt es auf den Wortlaut einer Textpassage an, so ist dieser wörtlich zu übernehmen und durch Anführungszeichen kenntlich zu machen.

Immer wieder leiden Seminararbeiten darunter, dass diese formalen Vorgaben nicht eingehalten werden. Ihre Arbeit wird sich deshalb auch dann positiv von anderen Arbeiten abheben, wenn Sie eine ausgeprägte Sorgfalt bei der Beachtung dieser Regeln walten lassen. Insbesondere wenn die Themenarbeit in die Schwerpunktbereichsprüfung einfließen soll, sollte man der Einhaltung wissenschaftlicher Form höchste Beachtung schenken!

II. Die Vorgehensweise

1. Vorarbeiten

Arbeitsplatz klären

Auch die Themenarbeit ist eine häusliche Arbeit. Bevor man mit der Bearbeitung beginnt, sollte man sich deshalb nach einem Arbeitsplatz umgeschaut haben, an dem sich die voraussichtlich wichtige Literatur schnell finden lässt. Auch der häusliche Arbeitsplatz sollte vorbereitet werden. Zu den Vorarbeiten gehört auch, den zu nutzenden PC einzurichten, so dass keine wertvolle Zeit für Formatierungsarbeiten verloren geht.

Fragestellung konkretisieren

Bei einer Schwerpunktbereichsarbeit erhält man keinen feststehenden Sachverhalt, der gutachterlich zu lösen ist. Stattdessen weist das gewählte Thema meist eine relativ **offene Fragestellung** auf. In einem ersten Schritt ist dieses Thema auch anhand eines u.U. vorhandenen Bearbeiterhinweises zu konkretisieren. Zunächst müssen die rechtlich interessanten Fragestellungen, die sich hinter dem Thema verbergen, herausgearbeitet werden. Nur so lässt sich zum einen ein roter Faden finden, der die Arbeit durchziehen sollte, und zum anderen begibt man sich erst so in die Lage, die rechtlichen Probleme zuzuspitzen.

Brainstorming

Hierzu sollte man zunächst auf einem separaten Zettel eine Art „**brainstorming**“ vornehmen. Alle Einfälle, die einem zu der Fragestellung in den Sinn kommen, sind festzuhalten. So kann sichergestellt werden, dass im Laufe der Zeit einzelne Aspekte nicht vergessen oder vernachlässigt werden und dann mit großem Aufwand erst nachträglich einzuarbeiten sind. Außerdem zeigt sich eine erste Richtung, in die die Arbeit gehen wird. Die so festgehaltenen Gedankengänge dienen bei der weiteren Ausarbeitung einer **internen Kontrolle**. Außerdem lassen sich gerade Themenarbeiten häufig nur dann richtig einordnen, wenn man die tatsächlichen Probleme gesellschaftlicher und wirtschaftlicher, die juristisch aufzuarbeiten sind, im Hinterkopf behält.

Einlesen

Nach einem Brainstorming sollte ein erstes, aber zunächst nur oberflächliches, Einlesen erfolgen. Ähnlich wie bei einer Hausarbeit sei davor gewarnt, sich direkt in einzelne Probleme vertiefen zu wollen. Das **erste Einlesen** dient dazu, einen Überblick über die abzuhandelnden Fragen zu gewinnen. Bei einer Seminararbeit kann auf Literatur zurückgegriffen werden, die der Hochschulprofessor empfohlen oder zur Verfügung gestellt hat. Wurden keine Literaturempfehlungen abgegeben, wie dies bei der Schwerpunktbereichsarbeit der Fall ist, sollte eine geringe Anzahl möglichst **aktueller Aufsätze** zu der Thematik herausgesucht werden. Diese findet man am besten durch Nutzen der multimedialen Recherchemöglichkeiten (siehe unter B. II. 6.)

Erste Gliederung erarbeiten

Durch das erste Einlesen mit wenigen Fundstellen erhalten Sie einen ersten Überblick über die zu erörternden Probleme. Die nun vorhandene

nähere Vorstellung über das Thema ist in eine **erste Gliederung** umzusetzen. Gerade bei einer Themenarbeit fällt es vielen Studenten schwer, eine stringente Gliederung zu entwickeln. Die zu Beginn entworfene Gliederung dient dazu, die als Probleme erkannten Fragen zuzuspitzen. Sie hat sich also danach zu richten, wie die erkannten Probleme verständlich und umfassend dargestellt werden können. Oberste Priorität hat auch bei einer Seminararbeit das beständige Hinarbeiten auf die Darstellung und Lösung eines Problems. Ihre Gedankenführung muss deshalb **zielgerichtet und lösungsorientiert** erfolgen. Wenn mehrere Rechtsprobleme zu erörtern sind, muss man sich daher Gedanken über deren **Prüfungsreihenfolge** machen. Diese kann logisch zwingend vorgegeben sein. Falls dies nicht der Fall sein sollte, ist nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten festzulegen, welches Problem an welcher Stelle anzusprechen ist. Dabei ist die Verständlichkeit der Ausführungen oberstes Gebot. Außerdem dient die Gliederung einer ersten **Schwerpunktsetzung**. Es sollte deutlich werden, welche Bereiche vertieft darzustellen sind. Bedenken Sie aber auch, dass die erste Gliederung mit Sicherheit nicht die letzte sein wird, Während der weiteren Bearbeitung kann die Gliederung umstrukturiert und ergänzt werden.

Nachdem man mit der Gliederung einen ersten Arbeitsplan entworfen hat, ist mit der Literatursammlung und –auswertung zu beginnen. Hierzu ist wie bei einer Hausarbeit auf eine **vollständige Erfassung der einschlägigen Literatur** und Rechtsprechung zu achten. In den Aufsätzen, die zum ersten Einlesen benutzt wurden, findet sich in den Fußnoten regelmäßig weiterführende Literatur. Ähnlich einem Schneeballsystem kann man von den dortigen Fundstellen weitersuchen. Außerdem sind selbstverständlich die von den Bibliotheken zur Verfügung gestellten Recherchemöglichkeiten zu nutzen (siehe unter B. II. 5.). Gerade bei Themenarbeiten stehen häufig aktuelle Probleme im Vordergrund. Daher müssen zwingend aktuelle Fachzeitschriften nach lösungserheblichen Hinweisen durchforstet werden. Aufgrund der Aktualität ist auch auf Informationen aus dem Internet zurückzugreifen. Hierbei kommt dem Informationscenter des Deutschen Bundestages eine besondere Rolle zu. Aus aktuellen Bundestagsdrucksachen lassen sich tragende Erwägungen für ein Gesetzesvorhaben ableiten. Gerade bei aktuellen Themen ist fortlaufend nach neu erschienener Literatur zu suchen. Oftmals erscheinen noch während der Bearbeitungszeit Urteile oder Aufsätze, die einzuarbeiten sind.

Literatursammlung
und -auswertung

Auch bei einer Themenarbeit muss jedoch eine **selektive Lektüre** der gesammelten Literatur erfolgen. Sonst werden Sie zum Ende der Bearbeitungszeit noch immer mit dem Erfassen der Literatur beschäftigt sein. Bevor man eine Fundstelle vertieft nachliest, sollte man sich einen Überblick über die Bedeutung der Quelle verschafft haben. Hierbei kann man anhand eines Inhaltsverzeichnisses bereits erkennen, ob die Quelle Hauptprobleme der Arbeit erörtert oder nicht. Auch die Aktualität und die Bedeutung des Verfassers kann bei einer Gewichtung als Kriterium

herangezogen werden. Wie bei einer Hausarbeit sind weniger relevante Quellen lediglich querzulesen.

Die Literaturlauswertung sollte **systematisch** erfolgen. Dies geschieht zum einen dadurch, dass die Auswertung anhand der bereits gefertigten Gliederung vorgenommen wird. Es wird gezielt nach Fundstellen gewichtet, die eine als problematisch erkannte Fragestellung abhandeln. Zum anderen sind immer wiederkehrende Argumentationsstränge zusammen zu fassen. Dadurch lässt sich bei der weiteren Bearbeitung Zeit sparen, weil man lediglich eine geringe Anzahl von Aufsätzen intensiv lesen muss, während die anderen lediglich als wiederholende Quellen anzusehen sind. Die als wichtig eingestufte Literatur ist selbstverständlich intensiv zu lesen! Dies gilt bei einer Themenarbeit umso mehr, weil regelmäßig eine vertiefte Auseinandersetzung mit speziellen Rechtsproblemen erwartet wird.

Rückkoppelung zur Gliederung

Während der Literaturlauswertung kann die Fragestellung weiter eingegrenzt werden oder es können weitere wichtige Rechtsprobleme erkannt werden. Diese Erkenntnisse müssen in die bereits erstellte Gliederung einfließen. Ähnlich dem Pendelblick bei der Bearbeitung juristischer Fälle muss bei der Seminararbeit eine ständige **Rückkoppelung zwischen der Niederschrift und der vorher angefertigten Gliederung** erfolgen. Durch Änderungen bei der Gliederung kann es auch dazu kommen, dass die Literaturrecherche für Teilbereiche erneut aufgenommen werden muss.

2. Niederschrift

„Roter Faden“

Nach der Literaturlauswertung ist die Niederschrift anzufertigen. Hierbei ist insbesondere darauf zu achten, den Leser durch die Abhandlung zu führen. Dies ist nur möglich, wenn es einen „**roten Faden**“ gibt, der die Arbeit durchzieht. Ein solcher ist nur herzustellen, wenn ein problemorientierter Aufbau gewählt wird.

Die Niederschrift sollte in einzelnen Etappen erfolgen. Demnach sind die Prüfungspunkte aus der Gliederung nacheinander abzuarbeiten. Idealerweise werden die Prüfungspunkte nach der durch die Gliederung vorgegebenen Reihenfolge angesprochen. Denn oberstes Ziel muss es sein, eine klare Gedankenführung zu Papier zu bringen. Werden einzelne Passagen vorgezogen und hinterher eingepasst, ergeben sich oftmals Gedankensprünge, die für den Leser nicht nachvollziehbar sind. Sollte man ausnahmsweise doch einzelne Probleme vorrangig erörtern, ist darauf zu achten, dass sich diese Passage in den Gesamttext einpasst. Dazu ist eine Umstellung in den Formulierungen meist unumgänglich. Es können aber auch Wiederholungen auftreten, die zu streichen sind.

Die Einleitung

Der Text einer Themenarbeit gliedert sich regelmäßig in eine kurze (!) Einleitung, einen Hauptteil und eine Schlussbetrachtung. Die **Einleitung** gibt einen Überblick über das, was im Hauptteil folgt. Das Thema wird kurz anhand eines Problems erläutert. Direkt zu Anfang sollte deutlich werden,

warum das Thema einer juristischen Auseinandersetzung bedarf. Außerdem kann man in der Einleitung den Gang der Abhandlung vorgeben. Dadurch zwingen Sie sich, dem Leser einen roten Faden an die Hand zu geben, so dass dieser im weiteren Verlauf immer weiß, wo er sich gerade befindet.

Im **Hauptteil** sollte darauf geachtet werden, die aufgerissenen Probleme zu erörtern. Hierauf sollte man sich beschränken. Nebensächliches muss - wenn überhaupt - kurz abgehandelt werden. Wie bei einer Klausur oder Hausarbeit dürfen Sie nicht dem Fehler verfallen, Unwichtiges über Gebühr auszubreiten. Die Gewichtung muss stimmen. Im Hauptteil sollte man zunächst die jetzige Rechtslage oder die zu besprechende Entscheidung darstellen. Gleiches gilt auch, wenn zu einer Rechtsfrage ein Meinungsstreit besteht. Dieser ist anhand der vertretenen Sachargumente systematisch darzustellen. Die bloße Darstellung der vorhandenen Literatur und Rechtsprechung stellt jedoch noch keine eigene wissenschaftliche Leistung dar. Zusätzlich ist eine eigene Stellungnahme abzugeben, die idealerweise Aspekte aufnimmt, die bisher nicht erörtert wurden. Hierbei werden keine Wunderdinge von Ihnen erwartet. Die Darlegung und Begründung einer **eigenen Meinung**, die auch mit einer bereits vertretenen Meinung übereinstimmen kann, muss aber auf jeden Fall erbracht werden. Bei Streitfragen dürfen Sie sich nicht zurückhalten. Der abwartende Hinweis auf eine Lösung des Problems durch eine noch zu erfolgende Entscheidung eines obersten Gerichts, ist nicht ausreichend. Erwartet wird gerade in solchen Fällen eine eigene Bewertung, die quasi die Vorarbeit für eine höchstrichterliche Entscheidung darstellt. Dies allein schon deshalb, weil Sie in einem mündlichen Vortrag eigene Thesen präsentieren und zur Diskussion stellen müssen. Die eigene Meinung sollten Sie anhand der **juristischen Methodenlehre** entwickeln (siehe unter D. II.). Durch Auslegung der entsprechenden Vorschrift anhand von Wortlaut, Systematik, Historie sowie Sinn und Zweck lässt sich jedenfalls ein gut vertretbares Ergebnis finden, auch wenn das Problem bislang nicht erörtert wurde.

Der Hauptteil

Zivilrechtliche Schwerpunktbereichsarbeiten sollten in ihrem Hauptteil einen Umfang von 30 bis 50 Seiten aufweisen. Allerdings können sich hier, ebenso wie bei Hausarbeiten, erhebliche Abweichungen ergeben. Daher sollte in den Vorbesprechungen nach dem vom Professor erwarteten Umfang gefragt werden.

Umfang

Im **Schlussenteil** werden die gefundenen Ergebnisse in Thesenform wieder gegeben. Außerdem kann ein Ausblick, z.B. auf eine als notwendig erachtete Gesetzesänderung erfolgen.

Der Schlussteil

III. Zeiteinteilung

Im Rahmen der Schwerpunktbereichsprüfung ist ein fester Zeitrahmen von **sechs Wochen** vorgegeben. Wie die vorhandene knapp bemessene Zeit

auf die einzelnen Arbeitsschritte zu verteilen ist, kann nicht einheitlich beantwortet werden. Man kann jedoch auf die bei Klausuren und Hausarbeiten niedergelegten Grundsätze zurückgreifen. Bedenken Sie auch, dass Sie es zwar bei Ihrem bisherigen Studienverlauf gewöhnt sind, juristische Fälle zu bearbeiten, die dort verwendete Anspruchsmethode jedoch bei Seminararbeiten nicht weiterhilft. Das erforderliche Umdenken in der Darstellung wird zusätzliche Zeit in Anspruch nehmen. Daher sollte man **nach ca. einer Woche**, spätestens aber nach 2 Wochen, mit der schriftlichen Abfassung beginnen. Denn auch hier gilt, dass für viele Studenten die schriftliche Niederlegung die größten Probleme mit sich bringt.

Die Probleme bei der schriftlichen Niederlegung der Gedankengänge beruhen aber oftmals auf unzulänglichen Vorarbeiten. Wer ohne auf einer ersten Literaturoswertung beruhenden Gliederung versucht, seine Seminararbeit „runter zu schreiben“, wird bei der Abfassung erhebliche Probleme mit der klaren Gedankenführung bekommen. Die einzelnen Probleme und Argumente werden dann zusammenhanglos aneinandergehängt. Doch selbst wenn die Vorarbeiten gewissenhaft durchgeführt wurden, stellt das Schreiben für viele die größte Hürde dar. Diese lässt sich am leichtesten überwinden, wenn man sich vergegenwärtigt, dass die **erste Fassung niemals die letzte Fassung** sein wird. Auch wenn man sich bei der ersten Fassung darum bemühen sollte, eine fundierte Auseinandersetzung zu Papier zu bringen, so ist ein regelmäßiges Überarbeiten einzelner Textpassagen unerlässlich. Nur so lassen sich zum einen Rechtschreibfehler korrigieren, zum anderen aber auch ein lesbarer Stil und eine höhere Argumentationsdichte finden.

Zeit sollte auch eingeplant werden für ein **Korrekturlesen** und sich anschließende Korrekturarbeiten.

Ähnliches gilt auch für herkömmliche Seminararbeiten. Zwar ist für diese regelmäßig kein genauer Zeitrahmen vorgegeben. Trotzdem sollte man sich einen solchen setzen. Aufgrund der Ähnlichkeit zu einer Hausarbeit und Schwerpunktbereichsarbeit kann man auf den dort üblichen Zeitrahmen zurückgreifen. Demnach sollte eine Seminararbeit in vier bis sechs Wochen zu bewältigen sein. Dementsprechend sollte nach ein bis zwei Wochen mit der Niederschrift begonnen werden.

IV. Thesenpapier

Im Rahmen eines Seminars hat der Student neben der Seminararbeit regelmäßig auch ein Thesenpapier zu erstellen. Das **Thesenpapier** stellt keine Zusammenfassung Ihrer Seminararbeit dar. Vielmehr sind darin die zentralen Thesen der Arbeit wiederzugeben, über die nach dem Vortrag zu diskutieren sich lohnt. Das Thesenpapier kann auch dazu dienen, den Vortrag zu begleiten. Beides kann aber nur gelingen, wenn das Thesenpapier sich auf **das Wesentliche** beschränkt und damit kurz gefasst ist!

Ein mehr als fünfseitiges Papier wird diesem Anspruch in aller Regel nicht mehr gerecht. Das Thesenpapier sollte bereits am Ende der schriftlichen Ausarbeitung der Seminararbeit angefertigt werden und nicht erst kurz vor dem Vortrag. Denn bei der Abfassung des Thesensapiers hat der Student eine letzte Möglichkeit der **Qualitätskontrolle**. Es wird umso leichter gelingen, die zentralen Punkte der Arbeit in einem Thesenpapier niederzulegen, je präziser man sich zu Beginn bemüht hat, die Schwerpunkte zu konkretisieren und zuzuspitzen. Gelingt es nicht ohne weiteres, das Thesenpapier anzufertigen, kann es deshalb erforderlich sein, die Darstellung in der Seminararbeit erneut zu überprüfen. Wenn man die Thesen in einem Schlussteil dargelegt hat, ist zu prüfen, ob hierauf zurückgegriffen werden kann.

Dient das Thesenpapier auch der Begleitung des Vortrags, kann es sinnvoll sein, die **Gliederung des Vortrags** anzugeben. Beachten Sie aber, dass die Gliederung des Vortrags höchstwahrscheinlich nicht mit der Gliederung Ihrer schriftlichen Ausarbeitung identisch sein wird.

V. Mündlicher Vortrag

Die Schwierigkeiten eines mündlichen Vortrags liegen darin, in kurzer Zeit die Materie möglichst verständlich und anschaulich darzulegen. Um sich auf den Vortrag einstellen zu können, sollte man sich zunächst vergegenwärtigen, wer **Adressat** des Vortrags ist. Da der mündliche Vortrag Teil der Prüfungsleistung ist, halten Sie den Vortrag in erster Linie für den die Prüfung abnehmenden Hochschulprofessor und seine Mitarbeiter. Diese haben Ihre schriftlichen Ausführungen intensiv gelesen. Trotzdem sollten Sie sich bemühen, auch die übrigen Seminarteilnehmer „mitzunehmen“. Gerade bei der Schwerpunktbereichsprüfung sollten Sie im Vorfeld mit dem betreuenden Professor klären, ob eher die Grundlagen oder die Details der Problematik dargestellt werden sollen.

Grundsätzlich stehen dem Referenten ca. **20 bis 30 Minuten** zur Verfügung. In Absprache mit dem Professor kann dieser Zeitrahmen aber auch überschritten werden. Den vorgegebenen Zeitrahmen sollte man einhalten. Zum einen wird ansonsten die Aufnahmefähigkeit der Zuhörer überstrapaziert. Zum anderen bringt es den Tagesablauf durcheinander, so dass die Organisation aus dem Ruder laufen kann. Letztlich ist es auch Teil der gestellten Aufgabe, die Arbeit in kurzer Zeit darzustellen. Üben Sie dies rechtzeitig. Denn auch im **Staatsexamen** müssen Sie einen Kurzvortrag halten, der eine bestimmte Zeit nicht überschreiten darf. Sollte dies doch geschehen, wird der Vortrag rigoros abgebrochen. Ein solches Vorgehen braucht man in einem Seminarvortrag nicht zu fürchten. Trotzdem sollte man schon frühzeitig die Einhaltung vorgegebener Zeiten üben, um im Ernstfall gewappnet zu sein.

Der Zeitrahmen

1. Redemanuskript

Um die Themenarbeit in einer solch kurzen Zeit vortragen zu können, muss man die schriftliche Ausarbeitung in ein **Redemanuskript** umarbeiten. Hierbei ist darauf zu achten, dass man zwar die schriftliche Arbeit als Grundgerüst heranziehen kann. Aber auch dieses Grundgerüst kann noch nicht das Redemanuskript sein. Vielmehr ist es notwendig, ein Manuskript zu erstellen, das auf die besonderen Bedürfnisse des mündlichen Vortrags eingeht.

Klare Gedankenführung

Während bei einer schriftlichen Ausarbeitung die Aneinanderreihung von Aussagesätzen angebracht ist, führt dies bei einem Vortrag zu einer Ermüdung des Publikums. Daher ist darauf zu achten, dass **Fragen und Beispiele** eingebaut werden, die die Aufmerksamkeit des Auditoriums erhöhen und der **Verständlichkeit** dienen. Außerdem kann der Zuhörer im Gegensatz zum Leser der Arbeit bestimmte Textpassagen nicht ein zweites Mal wahrnehmen. Deshalb ist noch stärker als bei der schriftlichen Ausarbeitung auf eine klare Gedankenführung zu achten. Schachtelsätze stiften in einem Vortrag nur Verwirrung. Ebenso ist zu überprüfen, ob für den Vortrag auf **Zeitangaben** verzichtet werden kann bzw. ob diese zu vereinfachen sind. Es fällt den Zuhörern schwer, sich ein genaues Datum zu merken. Kommt es auf das Datum nicht an, verzichtet man im Vortrag darauf. Sollte es doch wesentlich sein, ist zu überprüfen, ob eine Jahresangabe ausreichend ist. Dies gilt auch für sonstige Details. Konzentrieren Sie sich bei dem mündlichen Vortrag auf die wichtigsten Aussagen.

Struktur

Zusätzlich sollten Sie dem Zuhörer in einem Vortrag immer zeigen, wo Sie sich gerade befinden. Dies kann geschehen, indem man zu Beginn des Vortrags den Aufbau der Rede darlegt.

Beispiel:

„Zunächst spreche ich über ..., dann gehe ich auf folgende Problematik ein ..., zum Schluss widme ich mich noch...“

Während der Rede sollte man auf diesen Fahrplan zurückgreifen und Zwischenergebnisse bilden. So kann man die Zuhörer einfangen, auch wenn diese zwischendurch einmal den Faden verloren haben sollten.

Beispiel:

Nachdem ich gerade dargestellt habe, dass ..., werde ich nun auf das Problem ... eingehen.

Dass die Seminararbeit nur als Grundgerüst für das Redemanuskript erhalten kann, ergibt sich auch aus der Überlegung, dass das Ablesen der schriftlichen Ausarbeitung viel zu lange dauern würde. Als Faustformel kann man sich merken, dass eine DIN A 4 Seite ca. drei Minuten Vortragszeit in Anspruch nimmt. Daher sollte das Redemanuskript nicht länger als acht Seiten lang sein.

2. Technische Hilfsmittel

Hilfreich ist der Einsatz technischer Hilfsmittel. Hierzu kann auf einen **Overhead-Projektor** oder eine **Powerpoint-Präsentation** zurückgegriffen werden. Durch eine Visualisierung können zentrale Aussagen des Vortrags unterstrichen werden. Außerdem erleichtert die bildliche Darstellung meist das Verständnis, weil die Botschaft auf unterschiedlichen Wegen aufgenommen wird. Dies entspricht den Grundsätzen des aktiven Lernens (siehe unter B. III. 2.).

Die Benutzung dieser **Hilfsmittel** birgt jedoch auch Gefahren in sich. Um einen reibungslosen Ablauf zu gewährleisten, ist zunächst sicherzustellen, dass die gewünschte Technik vor Ort vorhanden und funktionsfähig ist. Der Einsatz moderner Techniken kann nur ein Hilfsmittel sein. Daher sind sie nur unterstützend einzusetzen. Hieraus folgt, dass die Folien **nur Stichwörter** enthalten sollten. Verfehlt wäre es hingegen, komplette Textblöcke „an die Wand zu werfen“ und diese dann nur noch abzulesen.

Außerdem besteht die Gefahr, dass sich der Referent nur noch an seine Folien hält. Hierunter kann zum einen der freie Vortrag leiden. Zum anderen kann es passieren, dass sich der Vortragende nur noch mit dem Gerät unterhält, weil er den Blick nicht mehr dem Publikum zuwendet. Letztlich ist dafür Sorge zu tragen, dass der Blick auf die Folien frei ist. Dementsprechend hat man sich etwas seitlich versetzt aufzustellen.

3. Rhetorik

Je lebendiger der Vortrag gehalten wird, desto eher wird das Publikum gespannt zuhören. Zu einem lebendigen Vortrag gehört zunächst einmal die **nonverbale Kommunikation**. Durch Blickkontakt mit dem Auditorium binden Sie die Zuhörer ein. Hierzu ist es wichtig, nicht nur einen Zuhörer anzustarren. Suchen Sie sich quer durch den Raum verteilt Personen, mit denen Sie Blickkontakt aufnehmen können. Dadurch haben Sie den ganzen Saal eingebunden. Außerdem erhält der Referent durch Blickkontakte ein direktes „feedback“ auf seine Ausführungen. Ein Nicken der Zuhörer signalisiert Zustimmung, viele fragende Gesichter hingegen, dass die Aussagen nicht aufgenommen werden konnten und deshalb u.U. nochmals darzulegen sind. Durch Gesten und Mimik kann der Vortragende die sprachlich dargelegten Aussagen unterstreichen.

Blickkontakt suchen

Die Qualität eines Vortrags hängt aber auch von der **Sprachwahl** selbst ab. Ein monoton heruntergespultes Referat wirkt leblos. Durch gezieltes Einsetzen der Stimmlage wirkt der Vortrag hingegen engagiert, was wiederum die Zuhörer gespannt warten lässt, was als nächstes folgt. Außerdem ist darauf zu achten, dass mit einer ruhigen Stimme gesprochen wird. Insbesondere ist auf das **Sprechtempo** zu achten. Der Zuhörer ist Ihnen ausgeliefert! Er kann nicht bestimmen, ob er eine bestimmte Passage erneut durchliest. Er kann Ihren Vortrag nicht zurückspulen. Deshalb muss das Tempo so gewählt werden, dass man

den Gedankengängen folgen kann. Gerade Anfänger begehen den Fehler, zu schnell zu reden. Auch wenn einen die Nervosität erfasst, verfällt man oftmals in ein zu schnelles Redetempo.

Freie Rede

Letztlich fesselt eine **frei gehaltene Rede** den Zuhörer regelmäßig mehr als das Ablesen eines Manuskripts. Durch eine frei gehaltene Rede kann der Vortragende auch vermehrt den Kontakt zum Publikum suchen und damit nonverbale Kommunikationsmittel einsetzen. Eine frei gehaltene Rede bedeutet nicht, dass man keinerlei schriftliche Gedankenstützen benutzen darf. Vielmehr sollte man das Redemanuskript vorliegen haben, in diesem zentrale Wörter markieren und dann versuchen um diese „**key words**“ eigenständige Sätze zu formulieren. Häufig anzutreffen ist auch das Verfahren, diese „key words“ auf Karteikarten zu schreiben. Achten Sie aber darauf, dass Sie die Karteikarten nummerieren, damit Sie auch im Falle der Anspannung das richtige Kärtchen finden. Keine freie Rede ist es hingegen, wenn zwar auf eine schriftliche Ausfertigung verzichtet wird, dann aber nur ein auswendig gelernter Text wiedergegeben wird.

Nervosität bekämpfen

Der Vortrag sollte zuvor mindestens einmal geübt werden. Hierzu hält man den Vortrag am besten in kleiner Runde vor Freunden. Hilfreich ist auch das laute Vorsprechen vor dem Spiegel. Hierdurch kann man gezielt auf seine eigene Mimik achten. Hat man den Vortrag bereits gehalten, schwindet die Nervosität vor dem tatsächlichen Auftritt.

Trotz aller Vorbereitungen ist ein Mindestmaß an Nervosität völlig normal und auch hilfreich. Das **Lampenfieber** sichert einen hohen Grad an Konzentration und kann somit leistungssteigernd wirken. Daher sollten Sie nicht in Panik verfallen, wenn Sie vor dem Vortrag nervös sind.

I. Übersichten / Musterhausarbeit

I. Übersicht Anspruchsgrundlagen

Wer will von wem:

Was	Woraus				
	vertraglich	Quasivertraglich	Dingliche Ansprüche	Unerlaubte Handlung	Ungerechtfertigte Bereicherung
Erfüllung	a) typische Verträge: z.B. 433 ; 488; 516; 535 ; 611; 631 ; 662; 765 b) atypische Verträge: 241, 311	677, 179	1108	-	-
Rückgabe oder Herausgabe	a) spezielle 546; 604; 495 iVm 355 b) allgemein 346; 326 IV, 346 beachte Verweise in: 437 Nr. 2; 634 Nr. 3	667, 681 667, 681 II 684, 812	861; 985; 1007; 1065; 1223; 2018 ff. ; 894 (GB-Berichtigung)	823 iVm 249 (Naturalrestitution) 826	812; 813; 816; 817 S. 1
Schadensersatz	a) speziell z.B. 437 Nr. 3, 280 I, III, 281 b) allgemein 280 I, III, 283 (Unmöglichkeit); 280 I, II, 286; 280 I, III, 281 (Verzug); 280 I (Pflichtverletzung).	678 687 II, 670 179 122 241 II, 311 II, 280 (cic)	989, 990 ; 992; 2023 ff.	a) Gefährdungshaftung 833 S.1; 7 StVG ; 1 HPfIG; 1 ProdHG b) Vermutetes Verschulden 833 S. 2; 831 ; 18 StVG c) Verschuldenshaftung 823 ; 826	Nur über Verweis: 819, 818 IV, 292, 989 ff.
Wertersatz, Erlös	667; 693; 285	667, 681, 677	951 iVm 812	-	818 II
Nutzungen, Verwendungen	693; 304; 346, 347	670, 677, 683	987; 988; 994 ff.	850	812 (Verwendungs-kondition)
Beseitigung, Unterlassung	550; 311 I, 241	-	12; 862; 1004 ; 1027	823 iVm 249 (Naturalrestitution)	-
Regress	255; 426 ; 670; 774 ; 67 VVG; 116 SGB X	670, 677, 683 ; 1607	268 III; 1143; 1225	840, 426	812 (Rückgriffs-kondition)

II. Musterhausarbeit

Wie oben bereits erwähnt (siehe G. und H.) werden im Verlauf des rechtswissenschaftlichen Studiums die juristischen Kenntnisse nicht nur durch Klausuren, sondern auch durch Haus- und Seminararbeiten geprüft. So sind nach der Studien- und Prüfungsordnung der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln mindestens eine kleine und eine große Hausarbeit sowie eine Schwerpunktseminararbeit anzufertigen. Gerade bei diesen umfangreicheren Leistungsnachweisen zeigen sich jedoch schon oft bei dem Aufbau und der formalen Gestaltung der Bearbeitung Schwächen, die sich negativ auf die Benotung auswirken.

Zur Vermeidung von derartigen Fehlern soll daher die nachfolgende Musterlösung der im Sommersemester 2009 gestellten kleinen Hausarbeit im BGB als Orientierungshilfe und Beispiel dienen, die die in diesem Skript erläuterten Anforderungen umsetzt.

Die nach der Studienordnung der Rechtswissenschaftlichen Universität zu Köln bis zur Zwischenprüfung (am besten nach dem 1. Semester) zu absolvierende Hausarbeit hat den Zweck, die in diesem Skript angesprochenen Techniken einer Falllösung zu überprüfen. Der Umfang der Hausarbeit ist so bemessen, dass eine Lösung auf nicht mehr als zehn Manuskriptseiten erbracht werden kann.

Kleine Hausarbeit im
Zivilrecht

INHALTSVERZEICHNIS

Sachverhalt	III
Gliederung	V
Literaturverzeichnis	VII
Gutachten	1

SACHVERHALT

Fall A.

Händler H besucht den Weinkeller des Winzers W. Sowohl H als auch W sind Kaufleute im Sinne des § 1 HGB. Während H die ausgelegte Ware durchstöbert, fällt ihm auf, dass W 300 Flaschen trockenen und 300 Flaschen halbtrockenen Chardonnay als Restbestände der letzten Saison im Angebot hat. W verlangt für den trockenen Chardonnay 5400 Euro und für den halbtrockenen Chardonnay 4500 Euro.

Zwei Tage später entschließt sich H, den halbtrockenen Wein zu kaufen. Er ruft bei W an und bestellt „den Chardonnay“. W, der den halbtrockenen Wein gerade verkaufen konnte und sich noch an den Besuch des H erinnert, ist froh, nun auch den trockenen Wein verkaufen zu können. Er erklärt sich „mit dem Verkauf des Chardonnay“ einverstanden. Kurz nach dem Gespräch schickt W dem H ein Schreiben, in dem er den geschlossenen Kaufvertrag über 300 Flaschen Chardonnay trocken zum Preis von 5400 Euro bestätigt.

Als H das Schreiben am nächsten Tag überfliegt, fällt ihm zwar auf, dass mit der Bestellung irgendetwas nicht stimmt. Er ist jedoch der Meinung, dass man eventuelle Unklarheiten auch noch später klären könne und legt das Schreiben beiseite. Erst als W zwei Wochen später mit dem trockenen Wein vor der Weinhandlung des H steht und Zahlung des Kaufpreises verlangt, entgegnet H, dass er den trockenen Wein gar nicht bestellt habe. W meint, wenn H den halbtrockenen Wein hätte bestellen wollen, hätte er zumindest dem Bestätigungsschreiben widersprechen müssen.

Fallfrage:

Kann W von H Abnahme des trockenen Weines und Zahlung von 5400 Euro verlangen?

Fall B.

Da H und W nicht nachtragend sind, ist der Ärger um den Chardonnay schnell verflogen. Schon wenige Wochen später schaut H während eines Stadtbummels in der Außenstelle des W vorbei. W hatte mittlerweile keine Lust mehr auf all die juristischen Streitigkeiten und brachte vorsorglich direkt neben der Kasse ein großes Schild mit seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen an. Unter anderem heißt es in den Geschäftsbedingungen des W:

„§ 4 Für Schäden an der verkauften Sache besteht eine Haftung im Rahmen der gesetzlichen Gewährleistung. Daneben ist die Haftung zumindest für leicht fahrlässig verursachte Schäden, die nicht durch die Ware selbst herbeigeführt werden, ausgeschlossen.“

Nach längerer Suche entschließt sich der H für einen Karton Prosecco Frizzante, mit dem er seine Frau zu ihrem Geburtstag überraschen möchte. Da H den Karton mit den Flaschen aber nicht die ganze Zeit durch die Stadt tragen kann, überlegt er sich von dem im Preis inbegriffenen Lieferservice des W Gebrauch zu machen. Bevor er den Wein an der Kasse bezahlt, weist ihn W nochmals auf seine Geschäftsbedingungen hin.

Es kommt, wie es kommen muss. Als W den Prosecco am Nachmittag vorbeibringen möchte, streift er leicht fahrlässig das vor dem Wohnhaus geparkte Auto des H.

Erbost verlangt H Schadensersatz für die notwendigen Reparaturkosten in Höhe von 200 Euro. W denkt nicht daran zu bezahlen und beruft sich auf den Haftungsausschluss in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Fallfrage:

Kann H von W Schadensersatz in Höhe von 200 Euro verlangen?

Bearbeitervermerk:

Ansprüche aus den §§ 823 ff. BGB und dem StVG sind nicht zu prüfen.

GLIEDERUNG

A. Anspruch des W gegen H auf Zahlung des Kaufpreises und Abnahme des Weines gem. § 433 Abs. 2 BGB	1
I. Wirksamer Kaufvertrag	1
1. Angebot des W durch Auslage des Weines.....	1
2. Angebot des H durch Telefonanruf	1
3. Annahme des W durch Telefonanruf	2
4. Übereinstimmende Willenserklärungen	2
a) Innere Willensübereinstimmung.....	2
b) Übereinstimmung des objektiven Erklärungswerts.....	2
aa) Erklärung des H.....	2
bb) Erklärung des W	3
c) Rechtsfolge	3
aa) Offener Dissens nach § 154 BGB	3
bb) Versteckter Dissens nach § 155 BGB.....	3
5. Vertragsschluss durch Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben.....	4
a) Kaufmannseigenschaft des Absenders und Empfängers	5
b) Vorausgegangene Vertragsverhandlungen	5
c) Bestätigungsschreiben im Anschluss an die Verhandlungen	5
d) Bestätigung eines geschlossenen Vertrages	5
e) Schutzwürdigkeit des Absenders	6
f) Kein unverzüglicher Widerspruch	6
II. Rechtsfolge des kaufmännischen Bestätigungsschreibens.....	6
B. Anspruch des H gegen W auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB	7
I. Bestehen eines Schuldverhältnisses	7
II. Pflichtverletzung	7
III. Vertretenmüssen	7
1. Verschulden	7
2. Haftungsausschluss durch Allgemeinen Geschäftsbedingungen	7
a) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB.....	7
b) Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 305 Abs. 1 BGB	8
c) Einbeziehung in den Kaufvertrag nach § 305 Abs. 2 BGB	8
d) Keine überraschende Klausel nach § 305c Abs. 1 BGB	8

e) Vorrangige Individualabrede nach § 305b BGB und Auslegungszweifel nach § 305c Abs. 2 BGB	9
f) Inhaltskontrolle	9
aa) Klauselkontrolle ohne Wertungsmöglichkeit nach § 309 BGB	9
bb) Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 309 Nr. 7 lit. a BGB	10
IV. Kausaler und ersatzfähiger Schaden	10
V. Ergebnis	10

LITERATURVERZEICHNIS

- Brox, Hans
Walker, Wolf-Dietrich
Allgemeiner Teil des BGB
32. Auflage, Köln-München 2008
Zitiert: *Brox/Walker*, BGB AT
- Brox, Hans
Walker, Wolf-Dietrich
Allgemeines Schuldrecht
begr. von Hans Brox, seit der 25. Aufl. fort-
gef. von Wolf-Dietrich Walker
28. Auflage 2008
Zitiert: *Brox/Walker*, Schr AT
- Canaris, Claus-Wilhelm
Handelsrecht
24. Auflage 2006
Zitiert: *Canaris*, HandelsR
- Deckert, Martina
Das kaufmännische und berufliche Bestäti-
gungsschreiben
JuS 1998, 121 ff.
- Diederichsen, Uwe
Der „Vertragsschluss“ durch kaufmännisches
Bestätigungsschreiben
JuS 1966, 129 ff.
- Erman
Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetz-
buch
Herausgeber: Westermann, Peter
1. Band (§§ 1-758)
12. Auflage 2008
Zitiert: *Erman/Bearbeiter*
- Grünberger, Michael
Der Anwendungsbereich der AGB – Kontrol-
le
Jura 2009, 249 ff.

Hanau, Peter	Objektive Elemente im Tatbestand der Willenserklärung - Ein Beitrag zur Kritik der „stillschweigenden und schlüssigen Willenserklärungen“ AcP 1965, 220 ff.
Kuchinke, Kurt	Zur Dogmatik des Bestätigungsschreibens JZ 1965, 167 ff.
Lorenz, Stephan	Grundwissen - Zivilrecht: Vertretenmüssen (§ 276 BGB) JuS 2007, 611 ff.
Lettl, Tobias	Das kaufmännische Bestätigungsschreiben JuS 2008, 849 ff.
Medicus, Dieter	Bürgerliches Recht 21. Auflage 2007 Zitiert: <i>Medicus</i> , BR
Medicus, Dieter	Allgemeiner Teil des BGB 9. Auflage 2006 Zitiert: <i>Medicus</i> , BGB AT
Münchener Kommentar	zum Handelsgesetzbuch Herausgeber: Schmidt, Karsten 5. Band (§§ 343-372) 2. Auflage 2009 Zitiert: <i>MünchKommHGB/Bearbeiter</i>
Münchener Kommentar	zum Bürgerlichen Gesetzbuch Herausgeber: Säcker, Jürgen; Rixecker, Roland 1. Band (§§ 1-240) 2. Band (§§ 241-432) 5. Auflage ab 2006 Zitiert: <i>MünchKommBGB/Bearbeiter</i>
Musielak, Hans-Joachim	Grundkurs BGB 10. Auflage 2007 Zitiert: <i>Musielak</i>

- Palandt
Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
68. Auflage 2009
Zitiert: Palandt/*Bearbeiter*
- Petersen, Jens
Schweigen im Rechtsverkehr
Jura 2003, 689 ff.
- Rüthers, Bernd
Stadler, Astrid
Allgemeiner Teil des BGB
begr. von Bernd Rüthers, seit der 11. Aufl.
fortgef. von Astrid Stadler
15. Auflage 2007
Zitiert: Rüthers/*Stadler*
- Schaub, Renate
Das AGB – Gesetz in der Fallbearbeitung
JuS 2000, 555 ff:
- Schwab, Dieter
Löhnig, Martin
Einführung in das Zivilrecht
17. Auflage 2007
Zitiert: *Schwab/Löhnig*
- Staudinger
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Buch 1
Allgemeiner Teil
(§§ 90-133 BGB; §§ 1-54, 63 BeurkG)
(§§ 134-163 BGB)
13. Bearbeitung 2003/2004
Zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*
- Staudinger
Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Buch 1
Allgemeiner Teil
(§§ 134-163 BGB)
13. Bearbeitung 2003
Zitiert: Staudinger/*Bearbeiter*

GUTACHTEN

A. Anspruch des W gegen H auf Zahlung des Kaufpreises und Abnahme des Weines gem. § 433 Abs. 2 BGB

W könnte gegen H einen Anspruch auf Zahlung von 5400 Euro und Abnahme des trockenen Weines aus § 433 Abs. 2 BGB haben.

I. Wirksamer Kaufvertrag

Voraussetzung hierfür ist, dass W und H einen wirksamen Kaufvertrag über den trockenen Chardonnay geschlossen haben. Ein Kaufvertrag kommt durch zwei inhaltlich übereinstimmende, mit Bezug aufeinander abgegebene Willenserklärungen, namentlich Angebot und Annahme, zustande.¹

1. Angebot des W durch Auslage des Weines

W könnte durch die Auslage des Weines ein Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages abgegeben haben. Ein Angebot im Sinne des § 145 BGB ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die einem anderen ein Vertragsschluss so angetragen wird, dass das Zustandekommen des Vertrages nur von dessen Einverständnis abhängt.² Dabei muss zunächst durch Auslegung ermittelt werden, ob im Einzelfall ein Angebot oder lediglich eine Aufforderung zur Offerte (*invitatio ad offerendum*) vorliegt.³ Im Gegensatz zum Angebot ist die *invitatio ad offerendum* nur eine unverbindliche Aufforderung an andere, ihrerseits ein Angebot abzugeben.⁴ Vorliegend spricht gegen ein Angebot durch Auslage des Weines, dass derjenige, der eine Ware bloß präsentiert, sich gerade noch nicht rechtlich binden will. Adernfalls könnte eine unbegrenzte Zahl von Besuchern des Weinkellers durch Annahme einen Vertragsschluss zustande bringen. W könnte möglicherweise aber nur einen einzigen Vertrag erfüllen und sich gegenüber den anderen Vertragspartnern wegen Nichterfüllung der Verträge schadensersatzpflichtig machen. Ferner könnte jemand „das Angebot“ annehmen, den der W zum Beispiel wegen Zahlungsunfähigkeit nicht als Vertragspartner haben will. Daher ist in der Auslage des Weines kein Angebot des W zu sehen.

2. Angebot des H durch Telefonanruf

Fraglich ist, ob H im Rahmen des Telefongespräches ein Angebot abgegeben hat. Dem Sachverhalt zufolge hat H bei W telefonisch „den Chardonnay“ bestellt. Im Gegensatz zu der bloßen *invitatio ad offerendum* lässt diese Erklä-

¹ Brox/Walker, SchR AT, Rn. 3.

² Brox/Walker, BGB AT, Rn. 165.

³ MünchKommBGB/Kramer, § 145, Rn. 10; Palandt/Ellenberger, § 145, Rn. 2.

⁴ Brox/Walker, BGB AT, Rn. 165a; Rüthers/Stadler, BGB AT, § 19, Rn. 5.

zung auf einen Rechtsbindungswillen schließen. Diese Erklärung ist W auch mit akustisch richtigem Vernehmen nach der Vernehmungstheorie⁵ zugegangen.

3. Annahme des W durch Telefonanruf

W müsste das Angebot auch angenommen haben. Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger dem Antragenden sein Einverständnis mit dem angebotenen Vertragsschluss zu verstehen gibt⁶. Eine derartige Annahme ist in der Einverständniserklärung des W zu sehen, die dem H ebenfalls zugegangen ist.

4. Übereinstimmende Willenserklärungen

Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages ist darüber hinaus, dass Angebot und Annahme inhaltlich übereinstimmen.⁷ Dabei muss jedenfalls über die wesentlichen Vertragsbestandteile - *essentialia negotii* - eine Einigung beziehungsweise ein Konsens erzielt worden sein.⁸ Für den Abschluss eines Kaufvertrages ist damit zumindest eine Einigung über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis erforderlich.⁹

a) Innere Willensübereinstimmung

Stellt man vorliegend allein auf den Willen der beiden Parteien ab, fehlt es an einem Konsens, da H den halbtrockenen Chardonnay für 4500 Euro kaufen und W den trockenen Chardonnay für 5400 Euro verkaufen wollte. Die Parteien sind sich also nicht über die wesentlichen Vertragsbestandteile einig.

b) Übereinstimmung des objektiven Erklärungswerts

Stimmt der Wille des Antragenden und der Wille des Annehmenden nicht überein, ist durch normative Auslegung gemäß den §§ 133, 157, 242 BGB zu ermitteln, welche objektive Bedeutung - vom Empfängerhorizont aus betrachtet - jede der Erklärungen hat.¹⁰ Beruht der Konsens auf dem durch normative Auslegung gefundenen übereinstimmenden Sinn der Erklärungen, ist ein Konsens gegeben, obwohl der tatsächliche Wille der Parteien nicht übereinstimmt.¹¹

aa) Erklärung des H

Daraus, dass H „den Chardonnay“ bestellt, kann nicht ersehen werden, ob er den trockenen oder halbtrockenen Wein kaufen möchte. Auch führt der Um-

⁵ Erman/*Palm*, § 130, Rn. 18; MünchKommBGB/*Einsele*, § 130, Rn. 28.

⁶ Brox/*Walker*, BGB AT, Rn. 176.

⁷ Brox/*Walker*, BGB AT, Rn. 243.

⁸ Rühthers/*Stadler*, BGB AT, § 19, Rn. 37.

⁹ Rühthers/*Stadler*, BGB AT, § 19, Rn. 3; Schwab/*Löhnig*, Rn. 573.

¹⁰ Medicus, BR, Rn. 45.

¹¹ Brox/*Walker*, BGB AT Rn. 245.

stand, dass der halbtrockene Wein bereits verkauft war, zu keinem anderen Auslegungsergebnis, da W nicht annehmen durfte, dass H von dem Verkauf wusste. Damit bleibt die Willenserklärung auch unter Berücksichtigung des objektiven Empfängerhorizontes hinsichtlich des Kaufgegenstandes und deshalb auch hinsichtlich des Kaufpreises mehrdeutig. Im Ergebnis kann der Willenserklärung des H auch nach einer normativen Auslegung keine eindeutige Bedeutung beigemessen werden.

bb) Erklärung des W

W erklärt sich lediglich mit dem Kauf des Chardonnay einverstanden. Da das Angebot hinsichtlich des Kaufgegenstandes und des Kaufpreises mehrdeutig ist, kann auch die bloße Annahme nur mehrdeutig sein.

c) Rechtsfolge

Ergibt die Auslegung der Willenserklärungen weder eine Übereinstimmung des wirklichen Willens noch des objektiven Erklärwertes, liegt ein Einigungsmangel - Dissens - vor,¹² dessen rechtliche Behandlung sich nach den §§ 154, 155 BGB richtet.¹³

aa) Offener Dissens nach § 154 BGB

Fraglich ist, ob ein offener Dissens nach § 154 Abs. 1 BGB vorliegt, bei dem ein Einigungsmangel über die essentialia negotii nicht zu einem wirksamen Vertragsschluss führt¹⁴ und es bei einem Einigungsmangel über vertragliche Nebenpunkte - accidentalia negotii - von dem Parteiwillen abhängt, ob der Vertrag sofort oder erst nach vollständiger Einigung geschlossen werden soll.¹⁵ Der offene Dissens nach § 154 BGB setzt aber voraus, dass den vertragsschließenden Parteien der Einigungsmangel bewusst ist.¹⁶ Vorliegend gingen aber sowohl H als auch W davon aus, dass eine Einigung über den Kauf des Weines erzielt wurde. Da ihnen der Einigungsmangel demnach nicht bewusst gewesen ist, scheidet ein offener Dissens nach § 154 BGB aus.

bb) Versteckter Dissens nach § 155 BGB

In Betracht kommt ein versteckter Dissens nach § 155 BGB, bei dem den Parteien - im Gegensatz zu dem offenen Dissens - nicht bewusst ist, dass ein Einigungsmangel vorliegt.¹⁷ Ein versteckter Dissens liegt vor, wenn die Parteien

¹² Brox/Walker, BGB AT, Rn. 249.

¹³ Schwab/Löhnig, Rn. 572; Medicus, BR, Rn. 125.

¹⁴ BGH 12.05.2006 NJW 2006, 2843, 2844; Brox/Walker, BGB AT, Rn. 254; Erman/Armbrüster, § 154, Rn. 2; Schwab/Löhnig, Rn. 574.

¹⁵ Musielak, Rn. 136.

¹⁶ Brox/Walker, BGB AT, Rn. 253; Erman/Armbrüster, § 154, Rn. 1; MünchKommBGB/Kramer, § 154, Rn. 3; Palandt/Ellenberger, § 154, Rn. 1.

¹⁷ MünchKommBGB/Kramer, § 155, Rn. 1.

irrtümlich glauben, dass sie sich über alle Punkte, über die eine Vereinbarung getroffen werden sollte, geeinigt haben, während in Wahrheit eine Einigung nicht vorliegt.¹⁸ Vorliegend hat H ein objektiv mehrdeutiges Angebot abgegeben, das W durch eine gleichfalls objektiv mehrdeutige Annahmeerklärung beantwortet hat. Da W und H „den Chardonnay“ einem jeweils anderen Wein zuordneten, stimmen ihre Willenserklärungen nur äußerlich überein, wobei eine Willensübereinstimmung gerade fehlt. Haben die Parteien aber, wie vorliegend, einen mehrdeutigen Begriff verwendet und jede der Parteien mit diesem eine vom Erklärungsgegner unerkannte Vorstellung verbunden, so liegt ein Scheinkonsens vor, der von der Regelung des § 155 BGB erfasst wird.¹⁹

Nach der Auslegungsregel des § 155 BGB hat die fehlende Willensübereinstimmung kein Scheitern des Vertragsschlusses zur Folge, wenn nur ein Teil der Einigung vom Dissens betroffen ist und anzunehmen ist, dass die Parteien den Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Teil geschlossen hätten.²⁰ Die Aufrechterhaltung des Vertrages kommt allerdings nur in Betracht, wenn der Einigungsmangel einen unwesentlichen Punkt betrifft, bei dem die Wirksamkeit des Vertrages nach dem Parteiwillen nicht von einer Einigung über ihn abhängt.²¹ Vorliegend haben H und W aber keine Einigung hinsichtlich des Kaufgegenstandes und des Kaufpreises erzielt. Damit betrifft der Einigungsmangel die essentialia negotii, sodass eine Aufrechterhaltung des Vertrages nach § 155 BGB ausscheidet.

5. Vertragsschluss durch Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben

Ein Vertrag über den Kauf des trockenen Weines könnte aber durch das Schweigen des H auf das Schreiben des W zustande gekommen sein. Grundsätzlich hat das bloße Schweigen nicht die Bedeutung einer Willenserklärung.²² Etwas anderes könnte sich jedoch aus den Grundsätzen über das Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ergeben. Hierbei ist es anerkannt, dass infolge des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben der Vertrag als mit dem Inhalt abgeschlossen gilt, den das unwidersprochen gebliebene Bestätigungsschreiben angibt.²³ Zwar ist sowohl die Frage, ob sich die Rechtsgrundlage des kaufmännischen Bestätigungs-

¹⁸ Erman/*Armbrüster*, § 155, Rn. 1; Palandt/*Ellenberger*, § 155, Rn. 1.

¹⁹ BGH 20.11.1992 NJW-RR 1993, 373; OLG Köln 11.6.1999 NJW-RR 2000, 1720; Erman/*Armbrüster*, § 155, Rn. 3; MünchKommBGB/*Kramer*, § 155, Rn. 10.

²⁰ Erman/*Armbrüster*, § 155, Rn. 5. Staudinger/*Bork*, § 155, Rn. 15.

²¹ BGH 19.10.1977 DB 1978, 978; Erman/*Armbrüster*, § 155, Rn. 5.

²² Brox/*Walker*, BGB AT, Rn. 196; Petersen Jura 2003, 687.

²³ Brox/*Walker*, BGB AT, Rn. 196; MünchKommHGB/*Schmidt*, § 346, Rn. 141.

schreibens auf einen entsprechenden Handelsbrauch nach § 346 HGB,²⁴ einer analogen Anwendung des § 362 HGB²⁵ oder aus Gewohnheitsrecht²⁶ herzu-
leiten ist, als auch die dogmatische Einordnung als echte Willenserklärung,²⁷
fingierte Willenserklärung²⁸ oder Rechtsscheinhaftung²⁹ umstritten. Weitge-
hend Einigkeit besteht aber über die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen
eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens. Fraglich ist daher, ob in dem
Schreiben des W ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben zu sehen ist.

a) Kaufmannseigenschaft des Absenders und Empfängers

Persönlich ist der Anwendungsbereich über die Grundsätze des Schweigens
auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben zumindest dann eröffnet, wenn
Absender und Empfänger des Schreibens Kaufleute sind.³⁰ Da H und W nach
dem Sachverhalt Kaufleute sind, ist der persönliche Anwendungsbereich er-
öffnet.

b) Vorausgegangene Vertragsverhandlungen

Darüber hinaus müssen dem Bestätigungsschreiben Vertragsverhandlungen
vorausgegangen sein.³¹ Derartige Vertragsverhandlungen sind in dem Tele-
fongespräch zwischen W und H zu sehen.

c) Bestätigungsschreiben im Anschluss an die Verhandlungen

Das Bestätigungsschreiben muss unmittelbar nach den Vertragsverhandlungen
abgesendet werden und alsbald zugegangen sein.³² W hat dem H das
Schreiben kurz nach dem Gespräch und damit unmittelbar nach den Verhand-
lungen übersandt. Darüber hinaus ist dem H das Schreiben am darauf folgen-
den Tag und damit im zeitlichen Zusammenhang mit den Vertragsverhand-
lungen zugegangen.

d) Bestätigung eines geschlossenen Vertrages

In Abgrenzung zur Auftragsbestätigung, bei der der Absender noch nicht von
einem Vertragsschluss ausgeht, sondern diesen erst noch durch Annahme zu-
stande bringen will, muss der Absender mit dem Schreiben erkennbar einen
bereits vermeintlich geschlossenen Vertrag bestätigen.³³ Da sich W bereits bei
dem Telefongespräch mit dem Kauf einverstanden erklärt hat und mit seinem

²⁴ *Diederichsen* JuS 1966, 129, 130.

²⁵ *Canaris*, HandelsR, § 23, Rn. 10; *Staudinger/Singer*, Vor §§ 116-144, Rn. 73.

²⁶ *Lettle* JuS 2008, 849, 850; *Medicus*, AT, § 29, Rn. 440.

²⁷ *Kuchinke* JZ 1965, 167, 175.

²⁸ *Hanau* AcP 1965, 220, 225; *Petersen* Jura, 2003, 687, 690.

²⁹ *Deckert* JuS 1998, 121.

³⁰ *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 197; *Deckert* JuS 1998, 121, 122.

³¹ *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 197; *Lettl* JuS 2008, 849, 851.

³² BGH 19.2.1964 NJW 1964, 1223, 1224; *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 197.

³³ BGH 1.3.1972 NJW 1972, 820; *Lettl* JuS 2008, 849, 850.

Schreiben den vermeintlich geschlossenen Kaufvertrag bestätigt, bringt er zum Ausdruck, dass er einen bereits abgeschlossenen Vertrag bestätigen möchte.

e) Schutzwürdigkeit des Absenders

Der Absender muss der Meinung sein dürfen, dass der Inhalt des Schreibens der Vereinbarung entspricht oder nur solche Abweichungen enthält, die der Empfänger billigt.³⁴ Indem der W davon ausgeht, mit seinem Schreiben den Vertragsschluss sachgerecht wiederzugeben ist er als redlicher Absender auch schutzwürdig.

f) Kein unverzüglicher Widerspruch

Schließlich darf der Empfänger dem Schreiben auch nicht unverzüglich widersprochen haben. Nach der Legaldefinition des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB meint Unverzüglichkeit dabei einen Widerspruch, der ohne schuldhaftes Zögern erhoben wird.³⁵ H hat jedoch auf das Schreiben nicht reagiert und erst zwei Wochen später bei Auslieferung des Weines Einwände erhoben. Damit liegt auch kein unverzüglicher Widerspruch vor. Daher lässt sich festhalten, dass es sich bei dem Schreiben des H um ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben handelt, auf das der H geschwiegen hat.

II. Rechtsfolge des kaufmännischen Bestätigungsschreibens

Rechtsfolge des Schweigens auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben ist, dass der Vertrag mit dem Inhalt des Schreibens zustande kommt.³⁶ Dabei ist zum einen die Fallkonstellation denkbar, dass das Ergebnis der Vertragsverhandlungen und das Bestätigungsschreiben übereinstimmen. In diesem Zusammenhang kommt dem Bestätigungsschreiben nur eine deklaratorische Beweisfunktion zu. Weicht das Bestätigungsschreiben allerdings von dem Ergebnis der Vertragsverhandlungen ab, hat es vertragsbegründende und damit konstitutive Wirkung.³⁷ Vorliegend haben die Vertragsverhandlungen aufgrund eines Dissenses nicht zu dem Abschluss eines wirksamen Kaufvertrages geführt. W hat aber in dem unwidersprochenen Schreiben den Kauf über 300 Flaschen Chardonnay trocken zum Preis von 5400 Euro bestätigt. Da somit das Bestätigungsschreiben von den Vertragsverhandlungen abweicht, hat es eine konstitutive Wirkung und der Kaufvertrag gilt als mit dem Inhalt des Schreibens zustande gekommen. Damit hat W einen Anspruch gegen H auf

³⁴ *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 197; *Deckert* JuS 1998, 121, 123; *Lettl* JuS 2008, 845, 851.

³⁵ *Lettl* JuS 2008, 845, 852; *Medicus* AT, § 29, Rn. 442.

³⁶ *Deckert* JuS 1998, 121; *MünchKommHGB/Schmidt*, § 346, Rn. 165.

³⁷ *Medicus*, AT, § 29, Rn. 443; *Deckert* JuS 1998, 121; *Palandt/Ellenberger*, § 147, Rn. 18.

Zahlung des Kaufpreises und Abnahme des Weines gem. § 433 Abs. 2 BGB.

B. Anspruch des H gegen W auf Schadensersatz aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB

H könnte gegen W ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 200 Euro aus den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB haben, wenn W eine Pflicht aus einem zwischen den Parteien bestehenden Schuldverhältnisses schuldhaft verletzt hat und diese Pflichtverletzung kausal für den eingetretenen Schaden ist.

I. Bestehen eines Schuldverhältnisses

H und W haben einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB über den Prosecco Frizzante verbunden mit einer Lieferungsvereinbarung geschlossen, so dass ein Schuldverhältnis besteht.

II. Pflichtverletzung

Nach § 241 Abs. 2 BGB hat der Schuldner die Pflicht, sich bei der Erfüllung des Vertrages so zu verhalten, dass Rechtsgüter des Gläubigers nicht verletzt werden.³⁸ Diese Pflicht hat W durch Anfahren des geparkten Autos verletzt.

III. Vertretenmüssen

W müsste die Pflichtverletzung auch zu vertreten haben.

1. Verschulden

Grundsätzlich hat der Schuldner nach § 276 Abs. 1 BGB Vorsatz und Fahrlässigkeit zu vertreten, wobei dessen Verschulden nach der Beweislastumkehr des § 280 Abs. 1, S. 2 BGB vermutet wird.³⁹ Da W das geparkte Auto fahrlässiger Weise streifte, hätte er die Pflichtverletzung nach der gesetzlichen Regelung auch zu vertreten.

2. Haftungsausschluss durch Allgemeinen Geschäftsbedingungen

§ 276 Abs. 1 BGB statuiert eine Haftung aber nur, soweit „eine strengere oder mildere Haftung weder bestimmt noch aus dem sonstigen Inhalt des Schuldverhältnisses ... zu entnehmen ist“. Fraglich ist daher, ob mit Aushang der „Geschäftsbedingungen“ eine mildere Haftung bestimmt ist, mit der Folge, dass W die Pflichtverletzung doch nicht zu vertreten hat. Das wäre der Fall, wenn es sich bei dem Schild um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt, die in den Vertrag einbezogen wurden und in wirksamer Weise die Haftung des W ausschließen.

a) Anwendbarkeit der §§ 305 ff. BGB

Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist in den §§ 305 bis 310

³⁸ Brox/Walker, SchR AT, § 25, Rn. 1; Palandt/Heinrichs, § 242, Rn. 23.

³⁹ Lorenz JuS 2007, 611, 612; Palandt/Heinrichs, § 280, Rn. 34.

BGB geregelt. Die in § 310 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4 BGB geregelten Bereiche, bei denen die Anwendbarkeit der §§ 305 ff. eingeschränkt oder ausgeschlossen ist, sind nicht einschlägig.

b) Vorliegen Allgemeiner Geschäftsbedingungen nach § 305 Abs. 1 BGB

Bei dem Schild müsste es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handeln. Nach § 305 Abs. 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen „alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt“. Da Vertragsbedingungen alle Regelungen sind, die den Inhalt des zu schließenden Rechtsgeschäfts näher bestimmen⁴⁰ und § 4 Aussagen über eine eventuelle Haftung enthält, handelt es sich um Vertragsbedingungen. Indem das Schild dauerhaft hinter der Kasse angebracht ist und somit für alle in der Weinhandlung des W getätigten Geschäfte Geltung beansprucht, sind die Vertragsbedingungen auch für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert. Die Vertragsbedingungen sind von der Partei gestellt, die deren Einbeziehung in den Vertrag verlangt;⁴¹ im vorliegenden Fall W. Mit dem ausgehängten Schild handelt es sich damit um Allgemeine Geschäftsbedingungen im Sinne des § 305 Abs. 1 BGB.

c) Einbeziehung in den Kaufvertrag nach § 305 Abs. 2 BGB

Fraglich ist, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch in den Vertrag einbezogen wurden. Für die Einbeziehung nennt § 305 Abs. 2 BGB drei Voraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein müssen.⁴² Nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB muss der Verwender ausdrücklich oder durch deutlich sichtbaren Aushang auf die Geschäftsbedingungen hinweisen, wodurch dem Vertragspartner nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB die Möglichkeit verschafft werden muss, in zumutbarer Weise von den Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen. Schließlich muss der Vertragspartner nach § 305 Abs. 2 a.E BGB mit ihrer Geltung einverstanden sein. Vorliegend hat W die Vertragsbedingungen sowohl deutlich sichtbar ausgehängt als auch bei Vertragsschluss auf sie hingewiesen. Zudem hatte H die Möglichkeit, in zumutbarer Weise von dem Inhalt der Geschäftsbedingungen Kenntnis zu nehmen. Schließlich war H auch mit der Geltung der Geschäftsbedingungen einverstanden.

d) Keine überraschende Klausel nach § 305c Abs. 1 BGB

Die Einbeziehung einer Geschäftsbedingung kann allerdings auch bei Vorlie-

⁴⁰ Brox/Walker, BGB AT, Rn. 222; Schaub JuS 2000, 555, 556.

⁴¹ Grünberger Jura 2009, 249, 254; Palandt/Grüneberg, § 305, Rn. 10.

⁴² Rüthers/Stadler, § 21, Rn. 15.

gen aller Voraussetzungen der § 305 Abs. 2 BGB scheitern, wenn es sich um eine überraschende Klausel nach § 305c Abs. 1 BGB handelt.⁴³ § 4 betrifft die Regelung von Haftungsfragen, deren Behandlung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gebräuchlich ist,⁴⁴ so dass ein möglicher Vertragspartner von dieser Bestimmung nicht überrascht sein kann.

e) Vorrangige Individualabrede nach § 305b BGB und Auslegungszweifel nach § 305c Abs. 2 BGB

Eine nach § 305b BGB vorrangige Individualvereinbarung haben W und H nicht vereinbart. Auch bestehen bei der Auslegung der Geschäftsbedingungen keine Unklarheiten.

f) Inhaltskontrolle

Sind die Geschäftsbedingungen wirksam in den Vertrag einbezogen worden, können sie dennoch nach einer Inhaltskontrolle gem. den §§ 307 ff. BGB unwirksam sein.⁴⁵ Eine Inhaltskontrolle erfolgt nach § 307 Abs. 3 S. 1 BGB allerdings nur, wenn die Geschäftsbedingungen von den gesetzlichen Vorschriften abweichen oder diese ergänzen.⁴⁶ Indem § 4 die Haftung teilweise auch für fahrlässig verursachte Schäden ausschließt, weicht die Geschäftsbedingung von der Regelung des § 276 BGB ab, womit sie einer Inhaltskontrolle nach den §§ 309, 308 und 307 Abs. 1, Abs. 2 BGB zugänglich ist.

aa) Klauselkontrolle ohne Wertungsmöglichkeit nach § 309 BGB

Der Katalog des § 309 BGB enthält Bestimmungen, die wegen ihrer besonders benachteiligenden Wirkung „ohne Wertungsmöglichkeit“ unwirksam sind.⁴⁷ Vorliegend könnte § 4 der Geschäftsbedingungen gegen § 309 Nr. 7 lit. a BGB verstoßen. Hiernach ist unter anderem ein Haftungsausschluss für Schäden aus der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit die auf einer fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders beruhen, unwirksam. § 4 der Geschäftsbedingungen schließt die Haftung für alle leicht fahrlässig verursachten Schäden, die nicht durch die Ware selbst herbeigeführt werden, kategorisch aus. Auf diese Weise wird der Verwender aber von der Haftung für Körperschäden, die er leicht fahrlässig selbst verursacht, entgegen § 309 Nr. 7 lit. a BGB freigestellt. Da somit ein Verstoß gegen § 309 Nr. 7 lit. a BGB vorliegt, ist § 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des W unwirksam. Fällt eine Bestimmung unter den Verbotskatalog des § 309 BGB, so ist

⁴³ *Medicus*, AT, § 27, Rn. 416; *Rüthers/Stadler*, § 21, Rn. 32.

⁴⁴ *MünchKommBGB/Kieninger*, § 309 Nr. 7, Rn. 1.

⁴⁵ *Rüthers/Stadler*, § 21, Rn. 26.

⁴⁶ *Brox/Walker*, BGB AT, Rn. 234.

⁴⁷ *MünchKommBGB/Kieninger*, § 309, Rn. 2.

dies ein Indiz dafür, dass auch ein Verstoß gegen das Verbot der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1, Abs 2 BGB vorliegt.⁴⁸ Hierbei handelt es sich um eine Generalklausel,⁴⁹ die jedoch nur als Auffangtatbestand zu beachten ist, wenn keiner der in §§ 308, 309 BGB aufgeführten Tatbestände erfüllt ist.⁵⁰

bb) Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 309 Nr. 7 lit. a BGB

Für den Fall, dass eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam ist, ordnet § 306 Abs. 1 BGB an, dass der Vertrag im Übrigen wirksam bleibt.⁵¹ Darüber hinaus regelt § 306 Abs. 2 BGB, dass sich der Inhalt des Vertrages an Stelle der unwirksamen Vorschrift nach den gesetzlichen Vorschriften richtet. Vorliegend ist § 4 der Geschäftsbedingungen unwirksam, da der Verwender hierdurch entgegen § 309 Nr. 7 lit. a BGB von der Haftung für Körperschäden freigestellt wird. Indem W das Auto des H streifte, hat er aber keinen Körper- sondern einen Sachschaden verursacht, weshalb sich die Frage stellt, ob § 4 wenigstens als Haftungsausschluss für Sachschäden aufrecht erhalten werden kann. Eine derartige geltungserhaltende Reduktion, wonach eine unzulässige Klausel mit dem nach dem Gesetzeswortlaut gerade noch zulässigen Inhalt wirksam wäre, würde jedoch dazu führen, dass der Verwender von unzulässigen Geschäftsbedingungen niemals ein Risiko einginge, da er im schlimmsten Fall nur befürchten müsste, diejenigen Regelungen zu erhalten, die ihm die §§ 305 ff. BGB gerade noch erlauben.⁵² Eine geltungserhaltende Reduktion liefe damit dem Schutzgedanke der §§ 305 ff. zuwider,⁵³ weshalb § 4 der Geschäftsbedingungen auch nicht als Haftungsausschluss für Sachschäden herangezogen werden kann. Da W somit gem. § 306 Abs. 2 BGB nach den gesetzlichen Vorschriften haftet, hat er die Pflichtverletzung auch nach den §§ 280 Abs. 1, 276 Abs. 1 BGB zu vertreten

IV. Kausaler und ersatzfähiger Schaden

Der Schaden ist auch kausal durch die Pflichtverletzung verursacht worden und ist nach § 249 Abs. 2 S. 1 BGB ersatzfähig.

V. Ergebnis

Folglich hat H gegen W ein Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 200 Euro aus den §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB.

⁴⁸ BGH 19.9.2007 NJW 2007, 3774, 3775; MünchKommBGB/Kieninger, § 307, Rn. 72.

⁴⁹ Medicus, BR, Rn. 74; Palandt/Grünberg, § 307, Rn. 1.

⁵⁰ Brox/Walker, BGB AT, Rn. 236.

⁵¹ Brox/Walker, BGB AT, Rn. 238.

⁵² Medicus, BGB AT, Rn. 514.

⁵³ Brox/Walker, BGB AT, Rn. 238.